

sui generis

RECHTS- VERWENDUNG SCHER DINGUNGEN»

Vertragliche Rechtsfolge der
«Verwendung missbräuchlicher
Geschäftsbedingungen»
(Artikel 8 UWG)

Reto Pfeiffer

Reto Pfeiffer

Vertragliche Rechtsfolge der «Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen» (Artikel 8 UWG)

Hinweise zur digitalen Fassung dieses Buches:

- Die digitale Fassung (Open Access) ist sowohl auf der Webseite des Verlags (www.suigeneris-verlag.ch), auf Google Books als auch direkt über den Digital Object Identifier (DOI) zugänglich. Der DOI zum vorliegenden Buch ist im Impressum angegeben.
- Sämtliche Gesetzesartikel sowie alle frei zugänglichen Gerichtsurteile und Behördenentscheidungen sind in der digitalen Fassung verlinkt.
- Häufig verwenden die AutorInnen in ihrem Manuskript Links auf weitere Quellen. Diese werden in den Büchern nicht abgedruckt, aber in der digitalen Fassung den entsprechenden Textstellen hinterlegt.
- Für die Verlinkung werden Permalinks eingesetzt. Es handelt sich dabei um Links auf eine archivierte Version der Webseiten im Zeitpunkt der Linksetzung. Die Links sind beständig, d.h. sie funktionieren auch dann noch, wenn die Originalseite nicht mehr zugänglich ist und ihr Inhalt ändert nicht, wenn sich die Originalseite ändert.

Reto Pfeiffer

Vertragliche Rechtsfolge der «Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen» (Artikel 8 UWG)

Für meine Eltern

Vorwort

Mein Dank gilt allen, die mich beim Erstellen dieser Arbeit unterstützt haben. Sie nahm ihren Anfang während meiner Zeit als wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl von Professor Dr. iur. Hans-Ueli Vogt, LL.M., an der Universität Zürich. Ihm schulde ich besonderen Dank für die äusserst lehrreiche Zeit an seinem Lehrstuhl und für die Betreuung und Begutachtung meiner Arbeit. Weiter danke ich Herrn Professor Dr. iur. Dr. h.c. Helmut Heiss, LL.M., für die Zweitbegutachtung.

Ich danke von Herzen meiner Lebensgefährtin, Dr. iur. Corina Bötschi, für die ungezählten Stunden des Beistands. Sie hat mich auch dazu motiviert, das Werk überhaupt fertigzustellen. Weiter danke ich meinen Kollegen Dr. iur. Florian Brunner und PD Dr. iur. Samuel Zogg, LL.M., für zahlreiche anregende Diskussionen und für ihre Freundschaft.

Der grösste Dank gebührt aber meinen Eltern: Ohne sie wäre alles gar nicht möglich gewesen.

Wallisellen, August 2021

Reto Pfeiffer

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Inhaltsverzeichnis	XI
Literaturverzeichnis	XXI
Materialienverzeichnis	XLV
Erlassverzeichnis	XLIX
Abkürzungsverzeichnis	LIII
<hr/>	
Einleitung	1
<hr/>	
Teil 1: Anfechtbarkeit oder Unwirksamkeit ex lege	5
<hr/>	
§1 Wortlaut von Artikel 8 UWG	5
§2 Systematik: Artikel 8 als Verweisung auf Artikel 9 UWG	6
§3 Historische Auslegung der Artikel 8 und 9 UWG	9
§4 Teleologie: Einschränkung von Artikel 9 UWG	10
§5 Grenzen der Rechtsfindung; Auslegung und Lückenfüllung	31
§6 Verhältnis der Rechtsfindungselemente («Methodenpluralismus»)	46
<hr/>	
Teil 2: Umfang der Unwirksamkeit	75
<hr/>	
Kapitel 1: Ausgangslage, Fragestellung	75
§7 Möglichkeiten einer Erweiterung der Unwirksamkeit	75
§8 Übersicht über die Lehre	80

Kapitel 2: Wortlaut, Systematik und Entstehungsgeschichte der gesetzlichen Rechtsfolgeordnung	82
§ 9 Rechtsfolgeordnung des UWG	82
§ 10 Rechtsfolgeordnung der Artikel 19 f. OR	86
§ 11 Gesetzliche Grundlage	126
Kapitel 3: Rechtslage in Deutschland	130
§ 12 Ausgangslage	130
§ 13 Bedeutung für die Schweiz	133
Kapitel 4: Reparatorische Rechtsbehelfe	135
§ 14 Artikel 9 Absatz 3 UWG	135
§ 15 Artikel 2 ZGB	152
Kapitel 5: Teleologie der gesetzlichen Rechtsfolgeordnung	176
§ 16 Der Zweck von Artikel 8 UWG	176
§ 17 Zweck und Sinn von Artikel 8 UWG	179
§ 18 Europakonforme Auslegung	197
§ 19 Transparenz, Sachwalter, Risikotragung	209
§ 20 Ergebnis	214
Kapitel 6 und § 21: Zwischenergebnis und Abwägung der Auslegungselemente	214
Kapitel 7: Rechtsfindung durch Analogie	217
§ 22 Vom Zweck zu Interessen und Wertungen	217
§ 23 Konsumkreditgesetz	220
§ 24 Gesamtanalogie	246
§ 25 Grundlagen für überkompensatorische Rechtsfolgen	254
§ 26 Prinzip der Geltung des Zulässigen?	304

Teil 3: Zusammenfassung und Ergebnis	315
<hr/>	
§27 Allgemeines	315
<hr/>	
§28 Unwirksamkeit ex lege? (zu Teil 1)	315
<hr/>	
§29 Erweiterte Unwirksamkeit? (zu Teil 2)	317

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Inhaltsverzeichnis	XI
Literaturverzeichnis	XXI
Materialienverzeichnis	XLV
Erlassverzeichnis	XLIX
Abkürzungsverzeichnis	LIII
<hr/>	
Einleitung	1
<hr/>	
Teil 1: Anfechtbarkeit oder Unwirksamkeit ex lege	5
<hr/>	
§1 Wortlaut von Artikel 8 UWG	5
<hr/>	
§2 Systematik: Artikel 8 als Verweisung auf Artikel 9 UWG	6
I. Allgemeines	6
II. Wortlaut von Artikel 9 UWG	7
III. Äussere Systematik	8
<hr/>	
§3 Historische Auslegung der Artikel 8 und 9 UWG	9
<hr/>	
§4 Teleologie: Einschränkung von Artikel 9 UWG	10
I. Rechtsfolge von Artikel 9 UWG	11
II. Teleologische Einschränkung von Artikel 9 UWG	13
1. Allgemeines	13
2. Begründung der Einschränkung	14
a. Artikel 8 UWG als Sonderfall im UWG	14
b. Handlungen und Verträge	14
c. Verweisung von Artikel 9 Absatz 3 UWG	17
d. Artikel 28a ZGB	18
e. Artikel 5 KG	19
f. Verbesserung der Rechtsdurchsetzung	19
g. Artikel 20, 21 und 31 OR	21
aa. <i>Wissen(-Können/-Müssen) des</i> <i>«Unwirksamkeits-Gegners»</i>	22

	<i>bb. Inhalts- und Willensmängel</i>	25
	<i>cc. Öffentliches Interesse</i>	26
	<i>dd. Ergebnis</i>	28
	h. Ungewöhnlichkeitsregel	29
	i. Verbleibender normativer Gehalt von Artikel 9 UWG? ...	31
<hr/>		
§5	Grenzen der Rechtsfindung; Auslegung und Lückenfüllung	31
	I. Allgemeines	31
	1. Grenze des Wortlauts	33
	2. Methoden-Grenze	35
	3. Methodische Verortung der teleologischen Reduktion	35
	a. Bundesgerichtliche Rechtsprechung	35
	b. Lehre	37
	c. Ergebnis	39
	II. Vereinbarkeit mit dem Wortlaut	42
	1. Möglichkeit einer Wortlautgrenze	42
	2. Anwendung	43
<hr/>		
§6	Verhältnis der Rechtsfindungselemente	
	(«Methodenpluralismus»)	46
	I. Problemstellung; Lehre	46
	II. Bundesgericht	49
	III. Der Vorrang des Wortlauts	50
	1. Bundesgerichtliche Rechtsprechung	50
	2. Vereinbarkeit mit dem Abwägungsmodell	52
	a. Allgemeines	52
	b. Kritik an der Vorrang-Theorie	53
	c. Artikel 1 ZGB, Artikel 164 BV	54
	d. Das Auslegungselement «Wortlaut» im Abwägungsmodell	57
	IV. Die Abwägung der Auslegungselemente	60
	1. Der verbleibende Vorrang des Wortlauts	61
	2. «Triftige Gründe»	62
	3. Anwendung auf den vorliegenden Fall	64
	a. Gewichtung des Wortlauts	64
	b. Gewichtung des systematischen Elements	65
	<i>aa. «Nähe» der Verweisung</i>	65
	<i>bb. Verweisung durch Begriffe</i>	67
	<i>cc. Aufbau des Gesetzes</i>	68
	<i>dd. Ergebnis</i>	68

c. Gewichtung des historischen Elements	68
d. Gewichtung des teleologischen Elements	70
e. «Ergebnisorientierte» Gewichtung der Auslegungselemente	70
aa. <i>Problem der Befristung der Anfechtbarkeit</i>	71
bb. <i>Gestaltungsklagerecht?</i>	72
V. Ergebnis	73
<hr/>	
Teil 2: Umfang der Unwirksamkeit	75
<hr/>	
Kapitel 1: Ausgangslage, Fragestellung	75
<hr/>	
§7 Möglichkeiten einer Erweiterung der Unwirksamkeit	75
I. Unzulässigkeit aufgrund des Masses	75
II. «Qualitative» Erweiterung	77
III. Ganzwegfall des Vertrages oder der allgemeinen Geschäftsbedingungen	80
<hr/>	
§8 Übersicht über die Lehre	80
<hr/>	
Kapitel 2: Wortlaut, Systematik und Entstehungsgeschichte der gesetzlichen Rechtsfolgeordnung	82
<hr/>	
§9 Rechtsfolgeordnung des UWG	82
I. Artikel 8 (und 2) UWG	82
II. Artikel 9 f. UWG	82
1. Artikel 9 Absatz 1 UWG	83
2. Artikel 9 und 10 UWG	83
3. Entstehungsgeschichte	85
III. Ergebnis	86
<hr/>	
§ 10 Rechtsfolgeordnung der Artikel 19 f. OR	86
I. Zum Aufbau	86
II. Rechtsfolge nach Artikel 19 Absatz 1 OR	86
III. Rechtsfolge nach Artikel 19 Absatz 2 OR	88
IV. Rechtsfolge nach Artikel 20 Absatz 1 OR	89
1. Wortlaut	89
2. Bundesgerichtliche Rechtsprechung	90
3. Lehre	91
4. Ergebnis	92

V. Rechtsfolge nach Artikel 20 Absatz 2 OR	92
1. Ausgangslage	92
2. Wortlaut des Gesetzes	93
3. Entwicklung der Rechtsprechung im Allgemeinen	95
4. Globalzession	97
5. Übervorteilung (Artikel 21 OR)	99
6. Entstehungsgeschichte	101
7. Der hypothetische Parteiwille	103
a. Relevanz des hypothetischen Parteiwillens	103
b. Inhalt des hypothetischen Parteiwillens	104
c. Bundesgerichtliche Rechtsprechung	106
d. Ergebnis	107
8. Blue-Pencil-Test	107
a. Problem und Lösungsmöglichkeiten	107
b. Bedeutung	112
<i>aa. Allgemeines</i>	112
<i>bb. Grammatikalische und teleologische Auslegung</i>	113
<i>cc. Verhindern «sachgerechter» Ergebnisse</i>	114
c. Ergebnis	115
VI. Zwischenergebnis	115
VII. Befreiungsmöglichkeit (Artikel 20 Absatz 2 OR)	115
VIII. Normative Zuständigkeit von Artikel 20 OR	118
1. Bedeutung	118
2. Lehre und Rechtsprechung	118
3. Voraussetzung: Trennung der Schranken	122
4. Ergebnis	125
<hr/>	
§11 Gesetzliche Grundlage	126
I. Notwendigkeit einer gesetzlichen Grundlage	126
II. Vorliegen einer gesetzlichen Grundlage	128
1. Rechtsfolgenseite	128
2. Tatbestandsseite	129
III. Ergebnis	130
<hr/>	
Kapitel 3: Rechtslage in Deutschland	130
<hr/>	
§12 Ausgangslage	130
<hr/>	
§13 Bedeutung für die Schweiz	133

Kapitel 4: Reparatorische Rechtsbehelfe	135
§14 Artikel 9 Absatz 3 UWG	135
I. Allgemeines	135
II. Artikel 41 OR	137
III. Artikel 62 und 423 OR	140
1. Leistungskondition (Artikel 62 OR)	140
2. Nichtleistungskondition (Artikel 62 OR)	141
3. Artikel 423 OR	142
a. Allgemeines	142
b. «Zuweisungsgehalt»	143
c. Gewinn	143
4. Zuweisungsgehalt	144
a. Allgemeines	144
b. Artikel 9 Absatz 3 UWG als Rechtsfolgeverweisung	147
aa. <i>Problem</i>	147
bb. <i>Artikel 28a Absatz 3 ZGB</i>	149
cc. <i>Voraussetzungen des Gewinnherausgabeanspruchs</i>	150
IV. Zwischenergebnis	151
V. Subjektive Momente bei der Bestimmung der Rechtsfolge?	152
§15 Artikel 2 ZGB	152
I. Artikel 2 Absatz 1 ZGB	152
1. Vertragsschluss als Treuwidrigkeit	153
a. Allgemeines	153
b. Notwendigkeit einer «rechtlichen Sonderverbindung»	154
c. Besonderheit bei Artikel 8 UWG?	157
d. Sonderverbindung bei Vertragsverhandlungen	159
e. Zwischenergebnis	161
f. Missbräuchliche Geschäftsbedingungen als treuwidriges Verhalten	161
g. Rechtsfolgen	162
h. Ergebnis	164
2. Pflicht nach Treu und Glauben, Zulässiges nicht durchzusetzen	164
II. Artikel 2 Absatz 2 ZGB	166
1. Vertragsschluss als Rechtsmissbrauch	167
a. Allgemeines	167
b. Aufgabe des Artikels 2 Absatz 2 ZGB	168
2. Weitere «Fallgruppen» des Rechtsmissbrauchsverbots	170
3. Zwischenergebnis	171
4. Subjektive Momente bei der Bestimmung der Rechtsfolge?	172

Kapitel 5: Teleologie der gesetzlichen Rechtsfolgeordnung	176
§16 Der Zweck von Artikel 8 UWG	176
I. Notwendigkeit der Zweckermittlung?	176
II. (Mehrere) Zwecke?	178
§17 Zweck und Sinn von Artikel 8 UWG	179
I. Ausgangslage	179
II. Vom Zweck zum Sinn	179
1. Allgemeines	179
2. Normsinn-Hypothesen	180
3. Präventionszweck und Geltung des Zulässigen	181
4. Notwendigkeit des Förderns	181
5. Andere Mittel?	183
a. Vielfalt der Mittel	183
b. Keine Mittelauswahl?	184
c. «Negative» Mittelauswahl?	184
aa. Allgemeines	184
bb. Bestehen einer Regelung	186
cc. Sind die Artikel 9f. UWG abschliessend?	187
aaa. BGE 91 IV 195	187
bbb. BGE 103 Ia 487	189
ccc. Normative Zuständigkeit von Artikel 9 UWG	190
d. Ergebnis	191
6. Kein Vereiteln	192
a. Allgemeines	192
b. Vergleichssituation	194
aa. Geltung des Zulässigen und erweiterte Unwirksamkeit	194
bb. Geltung des Zulässigen und «Vertragsfreiheit»	195
cc. Ergebnis	195
7. «Eliminationszweck»	196
III. Ergebnis	197
§18 Europakonforme Auslegung	197
I. Inhalt des Rechts der Europäischen Union	197
1. Ausgangslage	197
a. Richtlinie 93/13/EWG	197
b. Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union	198
II. Bedeutung für die Schweiz	200
1. Europarechtskonforme Auslegung	201

a. Allgemeines	201
b. Ist Artikel 8 UWG europarechtskonform auszulegen? ...	201
aa. <i>Allgemeines</i>	201
bb. <i>Historische Betrachtung</i>	202
cc. <i>Bundesgerichtliche Rechtsprechung</i>	203
aaa. <i>BGE 129 III 335</i>	203
bbb. <i>BGE 144 III 285</i>	204
dd. <i>«Umfang» des Nachvollzugs</i>	204
aaa. <i>Tatbestand und Rechtsfolge</i>	204
bbb. <i>Europäische Rechtsprechung</i>	206
ee. <i>Ergebnis</i>	208
2. Europäisches Recht im Rechtsvergleich	208
<hr/>	
§ 19 Transparenz, Sachwalter, Risikotragung	209
I. Vorbemerkung	209
II. Transparenzgebot	210
1. Allgemeines	210
2. Transparente Rechtsfolgen	210
3. Transparenz durch die Rechtsfolge	211
III. «Sachwalter»	212
IV. Risiko	213
<hr/>	
§ 20 Ergebnis	214
<hr/>	
Kapitel 6 und § 21: Zwischenergebnis und Abwägung der Auslegungselemente	214
<hr/>	
Kapitel 7: Rechtsfindung durch Analogie	217
<hr/>	
§ 22 Vom Zweck zu Interessen und Wertungen	217
I. Ausgangslage	217
II. Interessenkonflikt, für dessen (Auf-)Lösung eine Antwort zu suchen ist	218
<hr/>	
§ 23 Konsumkreditgesetz	220
I. Artikel 15 KKG (Höchstzins)	220
1. Inhalt der Artikel 9 und 15 KKG	220
a. Bar-, Finanzierungs- und Überziehungskredite, Kunden- und Kreditkartenkonti	220
b. Leasingvertrag	221
2. Voraussetzungen der Analogie	223
a. Grenze der Rechtsfindung	223
b. Lücken als planwidrige Unvollständigkeit	226

3.	Gründe für Artikel 15 KKG	230
a.	Valuta-behalten-Dürfen im Allgemeinen	230
b.	Valuta-behalten-Dürfen für «hohe Risiken»	233
c.	Zinslosigkeit: Besondere Schutzbedürftigkeit von Konsumkredit-Konsumenten	234
aa.	<i>Im Allgemeinen</i>	234
bb.	<i>Sozialpolitisch</i>	235
d.	Wertverlust bei Leasingvertrag	236
II.	Analogie aus Artikel 32 KKG	237
1.	Inhalt von Artikel 32 KKG	237
2.	Gründe für Artikel 32 KKG	238
III.	Grenzen der Analogie (Artikel 15 und 32 KKG als systemwidrige Normen)	238
1.	Ausgangslage	238
2.	Vorliegen systemwidriger Normen?	241
IV.	Ergebnis	245
<hr/>		
§24	Gesamtanalogie	246
I.	Allgemeines	246
II.	Prüfprogramm: Präventionszweck und Überkompensation	248
1.	Präventionszweck und -mittel (Überkompensation)	248
2.	Präventionszweck	250
a.	Allgemeines	250
b.	Wirkung und Zweck	250
c.	Strafe und Prävention	252
3.	Tatbestand und besondere Begründung	252
4.	Umfang: Obligationenrecht	253
5.	Grenzen der Analogie	254
<hr/>		
§25	Grundlagen für überkompensatorische Rechtsfolgen	254
I.	Artikel 8 UWG	254
II.	Arbeitsvertragsrecht	257
1.	Missbräuchliche Kündigung und fristlose Entlassung	258
a.	Tatbestand	258
b.	Rechtsfolge	258
c.	Überkompensation	259
d.	Präventionszweck	260
e.	Besondere Gründe	260
aa.	<i>Beendigung des Arbeitsverhältnisses</i>	260
bb.	<i>Treupflicht</i>	261
cc.	<i>Mittelbare Rechtsverletzung</i>	262

2. Nichtantritt oder Verlassen der Arbeitsstelle	263
3. Ergebnis	264
III. Bereicherungsrecht und Gewinnherausgabe	264
1. Allgemeines	264
2. Überkompensation	266
a. Artikel 62 ff. OR	266
b. Artikel 423 OR	267
c. Zugewiesene Rechtsposition	268
d. Zum Begriff «Überkompensation»	269
3. Präventionszweck	272
4. Zwischenergebnis	273
5. Betroffener Interessenkonflikt	273
IV. Insbesondere: Immaterialgüterrecht	274
1. Allgemeines	274
2. Systemkonforme Ansprüche bei Verletzung von Immaterialgütern	275
3. Weitere immaterialgüterrechtliche Besonderheiten	276
a. «Nachweis des effektiven Schadens»	277
b. Lizenzanalogie	277
c. Gewinnherausgabe	278
d. Verletzerzuschlag	279
V. Rückforderungsverbot (Artikel 66 OR)	280
1. Überkompensation	281
2. Präventionszweck	281
3. Besondere Gründe	283
a. Notwendigkeit des Ausschlusses	283
b. Anwendungsbereich	286
c. Ergebnis	287
VI. Artikel 6a OR	287
1. Inhalt; Präventionszweck und -mittel?	287
2. Überkompensation	288
3. Präventionszweck	289
4. (Besondere) Gründe für Artikel 6a OR?	289
a. Interessen	289
b. Gesetzliche Wertung	290
<i>aa. Konditionssperre (Artikel 63 Absatz 1 OR)</i>	<i>290</i>
<i>bb. Gutgläubiger Erwerb vom Nichtberechtigten</i>	<i>292</i>
c. Relevanz für Artikel 8 UWG	292
VII. Verzugszins	293
VIII. Gewinnzusagen	295

IX. Kollektive Rechtsdurchsetzung	296
1. Artikel 10 UWG	296
2. ZPO 2011	297
3. Revision der ZPO	298
X. Artikel 4 und 10 PüG	301
XI. Artikel 51 ff. VVG	302
XII. Ergebnis	304
<hr/>	
§26 Prinzip der Geltung des Zulässigen?	304
I. Allgemeines	304
II. Gegenteilige Normen	306
1. Schadenersatz bei Delikt (Artikel 41 ff. OR)	306
a. Artikel 41 und 43 OR	306
b. Artikel 49 OR	306
2. Herabsetzung von Konventionalstrafen (Artikel 163 Absatz 3 OR)	308
3. Arbeitsvertragsrecht	309
a. Artikel 340a Absatz 2 OR	309
b. Artikel 361 Absatz 2 und 362 Absatz 2 OR	309
c. Gesamtbetrachtung und Ergebnis	310
4. Mietrecht	310
5. Landwirtschaftliche Pacht	312
6. IPRG	312
III. Ergebnis	314
<hr/>	
Teil 3: Zusammenfassung und Ergebnis	315
<hr/>	
§27 Allgemeines	315
<hr/>	
§28 Unwirksamkeit ex lege? (zu Teil 1)	315
<hr/>	
§29 Erweiterte Unwirksamkeit? (zu Teil 2)	317

Literaturverzeichnis

- ABEGG ANDREAS: Die zwingenden Inhaltsnormen des Schuldvertragsrechts. Ein Beitrag zu Geschichte und Funktion der Vertragsfreiheit, Zürich 2004 (Dissertation Freiburg 2003) (= Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg [«AISUF»], Band 225)
- AESCHIMANN LISA: Rundgang durch Art. 8 UWG, Jusletter 1. September 2014
- ALEXANDER CHRISTIAN: Schadenersatz und Abschöpfung im Lauterkeits- und Kartellrecht, Tübingen 2010 (Habilitationsschrift München 2009) (= Jus Privatum. Beiträge zum Privatrecht, Band 147)
- ARMBRÜSTER CHRISTIAN, in: Franz Jürgen Säcker / Roland Rixecker / Hartmut Oetker / Bettina Limperg (Herausgeber) / Claudia Schubert (Redaktorin): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band I: §§ 1-240 BGB etc., 8. Auflage, München 2018 (Herv. wegg.)
- BARNIKOL MICHAEL: Die Schutzinstrumente des schweizerischen Konsumkreditrechts, Bern 2014 (Dissertation Bern 2013) (= Abhandlungen zum schweizerischen Recht [«ASR»], Neue Folge Heft 804)
- BASEDOW JÜRGEN, in: Franz Jürgen Säcker / Roland Rixecker / Hartmut Oetker / Bettina Limperg (Herausgeber) / Wolfgang Krüger (Redakteur): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 2: §§ 241-310 BGB, 8. Auflage, München 2019 (Herv. wegg.)
- BAUDENBACHER CARL: Lauterkeitsrecht. Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Basel 2001
- BAUER THOMAS, in: Adrian Staehelin / Thomas Bauer / Daniel Staehelin (Herausgeber): Basler Kommentar Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs. Art. 1-158, 2. Auflage, Basel 2010
- BAUMANN MAX, in: Peter Gauch / Jörg Schmid (Herausgeber): Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch. Artikel 1-7 ZGB, 3. Auflage, Zürich 1998
- BECKER HERMANN: Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch. Artikel 1-183 OR, «Unveränderter Nachdruck 1974 der zweiten Auflage 1945», Bern (Herv. wegg.)

BELSER EVA MARIA

- BaKomm: in: Bernhard Waldmann / Eva Maria Belser / Astrid Epiney (Herausgeber): Basler Kommentar Bundesverfassung, Basel 2015 (Herv. wegg.)
- Freiheit: Freiheit und Gerechtigkeit im Vertragsrecht, Zürich 2000 (Dissertation Freiburg 2000) (= Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg [«AISUF»], Band 198)

BERGER BERNHARD: Allgemeines Schuldrecht. Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil mit Einbezug des Deliktsrechts und Einführung in das Personen- und Sachenrecht, 3. Auflage, Bern 2018

BIAGGINI GIOVANNI: Verfassung und Richterrecht. Verfassungsrechtliche Grenzen der Rechtsfortbildung im Wege der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, Basel 1991 (Dissertation Basel 1989) (= Basler Studien zur Rechtswissenschaft. Reihe B: Öffentliches Recht, Band 31)

BIERI LAURENT: Qu'apporte le nouvel article 8 de la loi fédérale contre la concurrence déloyale?, Jusletter 24. Oktober 2011

BLUMER MAJA L., in: Heinrich Honsell (Herausgeber): Kurzkomentar OR, Basel 2014

BOCK ANNE-FLORENCE: Gewinnherausgabe als Folge einer Vertragsverletzung, Basel 2010 (Dissertation Basel 2010) (= Basler Studien zur Rechtswissenschaft. Reihe A: Privatrecht, Band 99)

BOLL CHRISTIAN, in: Heinrich Honsell / Nedim Peter Vogt / Anton K. Schnyder (Herausgeber): Kommentar zum schweizerischen Privatrecht («Basler Kommentar»). Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG), Basel 2001

BOLL CHRISTIAN / STADELMANN STÖCKLI ANDREA, in: Heinrich Honsell / Nedim Peter Vogt / Anton K. Schnyder / Pascal Grolimund (Herausgeber): Basler Kommentar Versicherungsvertragsgesetz. Nachführungsband, Basel 2012

BORNHAUSER PHILIP R. / RUSCH ARNOLD F. : Korrektur zur Freizeichnung von der Hilfspersonenhaftung, Aktuelle juristische Praxis («AJP») 2010 (Seiten 1228 ff.)

BRAUN JOHANN: Deduktion und Invention. Gesetzesauslegung im Widerstreit von Gehorsamskunst, Rechtsgefühl und Wahrheitssuche, Tübingen 2016

BREHM WOLFGANG / BERGER CHRISTIAN: Sachenrecht, 3. Auflage, Tübingen 2014

BUCHER EUGEN

- Aktionendenken: Für mehr Aktionendenken, Archiv für die civilistische Praxis («AcP») 1986 (Seiten 1 ff.)
- BeKomm: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht. Artikel 27 ZGB, 3. Auflage, Bern 1993 (Herv. wegg.)
- Dispositives Gesetzesrecht: Der Ausschluss dispositiven Gesetzesrechts durch vertragliche Absprachen. Bemerkungen zu den Erscheinungsformen dispositiver Rechtssätze; in: Rechts-, wirtschafts- und sozialwissenschaftliche Fakultät der Universität Freiburg Schweiz / Peter Gauch / Bernhard Schnyder / Pierre Tercier (Herausgeber): Festgabe für Henri Deschenaux (Mélanges en l'honneur de Henri Deschenaux) zum 70. Geburtstag, Freiburg (Universitätsverlag) 1977 (Seiten 249 ff.)
- Fälschungsrisiken: Wie lange noch Belastung des Kunden mit den Fälschungsrisiken im Bankenverkehr? Ein weiteres Mal Bemerkungen zu den AGB der Banken, recht 1997 (Seiten 41 ff.)
- Hundert Jahre OR: Hundert Jahre schweizerisches Obligationenrecht. Wo stehen wir heute im Vertragsrecht?, Zeitschrift für Schweizerisches Recht («ZSR») 1983 II (Seiten S. 251 ff.)
- Kontrahierungspflicht: Nicht «Kontrahierungspflicht» – Schon eher Schutz vor Boykott, recht 2003 (Seiten 101 ff.)
- OR AT: Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil (ohne Deliktsrecht), 2. Auflage, Zürich 1988
- Subjektives Recht: Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis, Tübingen 1965 (Habilitationsschrift Zürich 1965)
- Vertrauenshaftung: Vertrauenshaftung: Was? Woher? Wohin?, in: Peter Forstmoser / Heinrich Honsell / Wolfgang Wiegand (Herausgeber): Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis. Festschrift für Hans Peter Walter, Bern 2005 (Seiten 231 ff.)
- Vorvertrag: Die verschiedenen Bedeutungsstufen des Vorvertrages, in: Eugen Bucher / Peter Saladin (Herausgeber): Berner Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1979, Bern 1979 (Seiten 169 ff.)

BÜRGI-WYSS ALEXANDER CHRISTOPH: Der unrechtmässig erworbene Vorteil im schweizerischen Privatrecht. Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der ungerechtfertigten Bereicherung und der Geschäftsführung ohne Auftrag, Zürich 2005 (Dissertation Zürich 2004) (= Zürcher Studien zum Privatrecht, Band 191)

BURRI CHRISTOF: Tendenzen zur Stabilisierung des Schuldvertrags. Regeln und Entwicklungen, die das Zustandekommen, die Gültigkeit und die Fortdauer des Vertrags begünstigen, Zürich 2010 (Dissertation Freiburg 2010) (= Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg [«AISUF»], Band 298)

BYDLINSKI FRANZ

- Bewegliches System: Bewegliches System und juristische Methodenlehre, in: Günther Winkler et al. (Herausgeber)/ Franz Bydliniski et al. (Gesamtredaktion): Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht, Wien 1986 (= Forschungen aus Staat und Recht, Band 73) (Seiten 21 ff.)
- Grenze: Über die lex-lata-Grenze der Rechtsfindung, in: Ingo Koller et al. (Herausgeber): Einheit und Folgerichtigkeit im juristischen Denken. Symposion zu Ehren von Herrn Professor Dr. Dr. h.c. mult. Claus-Wilhelm Canaris, München 1998 (Seiten 27 ff.)
- Methodenlehre: Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Auflage, Wien 1991
- Mitte: Die Suche nach der Mitte als Daueraufgabe der Privatrechtswissenschaft, Archiv für die civilistische Praxis («AcP») 2004 (Seiten 309 ff.)
- Privatautonomie: Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes, Wien 1967
- Schaden: Unerlaubte Vorteile als Schaden, in: Hans-Jürgen Ahrens et al. (Herausgeber): Festschrift für Erwin Deutsch. Zum 70. Geburtstag, Köln etc. 1999 (Seiten 63 ff.)
- System: System und Prinzipien des Privatrechts, Wien 1996

CAHN ANDREAS: Zum Begriff der Nichtigkeit im Bürgerlichen Recht, Juristen-Zeitung («JZ») 1997 (Seiten 8 ff.)

CANARIS CLAUS-WILHELM

- Auslegungskriterien: Das Rangverhältnis der «klassischen» Auslegungskriterien, demonstriert an Standardproblemen aus dem Zivilrecht, in: Volker Beuthien / Maximilian Fuchs/ Herbert Roth/ Gottfried Schiemann/ Andreas Wacke (Herausgeber): Festschrift für Dieter Medicus. Zum 70. Geburtstag, Köln etc. 1999 (Seiten 25 ff.)
- Bewegliches System: Bewegliches System und Vertrauensschutz im rechtsgeschäftlichen Verkehr, in: Günther Winkler et al. (Herausgeber)/ Franz Bydliniski et al. (Gesamtredaktion): Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht, Wien 1986 (= Forschungen aus Staat und Recht, Band 73) (Seiten 103 ff.)

- Gesamtunwirksamkeit: Gesamtunwirksamkeit und Teilgültigkeit rechtsgeschäftlicher Regelungen, in: Jürgen F. Baur / Klaus J. Hopt / K. Peter Mailänder (Herausgeber): Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990, Berlin 1990 (Seiten 519 ff.)
- Gewinnabschöpfung: Gewinnabschöpfung bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, in: Hans-Jürgen Ahrens et al. (Herausgeber): Festschrift für Erwin Deutsch. Zum 70. Geburtstag, Köln etc. 1999 (Seiten 85 ff.)
- Lücken: Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Auflage, Berlin 1983 (1. Auflage = Dissertation München 1964) (= Schriften zur Rechtslehre, Heft 3)
- Systemdenken: Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts, 2. Auflage, Berlin 1983 (= Schriften zur Rechtstheorie, Heft 14)

CARONI PIO: Einleitungstitel des Zivilgesetzbuches, Basel 1996

COENDET THOMAS: Gesetzgebungsstrategie des neuen AGB-Rechts, Zeitschrift für Schweizerisches Recht («ZSR») 2014 I (Seiten 45 ff.)

DASSER FELIX

- BaKomm: in: Heinrich Honsell / Nedim Peter Vogt / Anton K. Schnyder / Stephen V. Berti (Herausgeber): Basler Kommentar Internationales Privatrecht, 3. Auflage, Basel 2013 (Herv. wegg.)
- Punitive damages: Punitive damages: Vom «fremden Fötzel» zum «Miteidgenoss»? , Schweizerische Juristen-Zeitung («SJZ») 2000 (Seiten 101 ff.)

DASSER FELIX / BREI GERALD, in: Heinrich Honsell / Nedim Peter Vogt / Anton K. Schnyder / Stephen V. Berti (Herausgeber): Basler Kommentar Internationales Privatrecht, 3. Auflage, Basel 2013 (Herv. wegg.)

DAVID LUCAS / JACOBS RETO: Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 5. Auflage, Bern 2012

DEDUAL ALESSIA: Geltungserhaltende Reduktion. Richterliche Ersatzregeldbildung im schweizerischen Vertragsrecht, Tübingen 2017 (Dissertation Zürich 2017) (= Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht, Band 381)

DOMAJ TANJA, in: Reto Heizmann / Leander D. Loacker (Herausgeber): UWG. Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb. Kommentar, Zürich / St. Gallen 2018

- DRUEY JEAN NICOLAS: *Interessenabwägung – eine Methode?*, in: *Juristische Abteilung der Hochschule St. Gallen für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften / St. Gallischer Juristenverein* (Herausgeber): *Beiträge zur Methode des Rechts. St. Galler Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1981*, Bern 1981 (Seiten 131 ff.)
- DUDEN: *Dudenredaktion* (Werner Scholze-Stubenrecht / Ilka Pescheck) (Herausgeber): *Duden. Deutsches Universalwörterbuch*, 8. Auflage, Berlin 2015 (Herv. wegg.)
- DÜRR DAVID, in: Peter Gauch / Jörg Schmid (Herausgeber): *Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch. Artikel 1-7 ZGB*, 3. Auflage, Zürich 1998
- EGGER AUGUST, in: August Egger / Robert Haab / Arnold Escher / Hugo Oser (Herausgeber): *Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Einleitung. Artikel 1-10 ZGB und Das Personenrecht. Artikel 11-89 ZGB*, 2. Auflage, Bern 1930 («Unveränderter Nachdruck 1978 der zweiten umgearbeiteten Auflage 1930») (Herv. wegg.)
- EMMENEGGER SUSAN / TSCHENTSCHER AXEL, in: Heinz Hausheer / Hans Peter Walter (Herausgeber): *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht. Artikel 1-9 ZGB*, Bern 2012 (Herv. wegg.)
- EMMERICH VOLKER, in: Franz Jürgen Säcker / Roland Rixecker / Hartmut Oetker / Bettina Limperg (Herausgeber) / Wolfgang Krüger (Redakteur): *Münchener Kommentar BGB. Band 3: §§ 311-432 BGB*, 8. Auflage, München 2019 (Herv. wegg.)
- EPINEY ASTRID, in: Bernhard Waldmann / Eva Maria Belser / Astrid Epiney (Herausgeber): *Basler Kommentar Bundesverfassung*, Basel 2015 (Herv. wegg.)
- ERNST WOLFGANG
- *BaKomm*: in: Heinrich Honsell / Nedim Peter Vogt / Thomas Geiser (Herausgeber): *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II. Art. 457-977 und Art. 1-61 SchIT*, 5. Auflage, Basel 2015 (Herv. wegg.)
 - *Vertragsordnung: Die Vertragsordnung – Rückblick und Ausblick*, *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* («ZSR») 2018 II (Seiten 5 ff.)
- FASTRICH LORENZ: *Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht*, Köln 1992 (Habilitation München 1988/89) (= *Schriften des Instituts für Arbeits- und Wirtschaftsrecht der Universität zu Köln*, Band 60)

FELLMANN WALTER, in: Heinrich Honsell / Nedim Peter Vogt / Wolfgang Wie-
gand (Herausgeber): Basler Kommentar Obligationenrecht I. Art. 1-529
OR, 6. Auflage, Basel 2015 (Herv. wegg.)

FERRARI HOFER LORENZA, in: Reto Heizmann / Leander D. Loacker (Heraus-
geber): UWG. Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb. Kom-
mentar, Zürich / St.Gallen 2018 (Herv. wegg.)

FORSTMOSER PETER / VOGT HANS-UELI: Einführung in das Recht, 5. Auflage,
Bern 2012 (Herv. wegg.)

FRIEDRICH HANS-PETER, in: Arthur Meier-Hayoz (Herausgeber): Berner Kom-
mentar zum schweizerischen Privatrecht. Einleitung. Artikel 1-10 ZGB,
Bern 1966 («Nahezu unveränderter photomechanischer Nachdruck 1966
der Ausgabe von 1962») (Herv. wegg.)

FUHRER STEPHAN, in: Heinrich Honsell / Nedim Peter Vogt / Anton K. Schnyder
(Herausgeber): Kommentar zum schweizerischen Privatrecht («Basler
Kommentar»). Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, Basel 2001
(Herv. wegg.)

GÄCHTER THOMAS / WERDER GREGORI, in: Bernhard Waldmann / Eva Maria
Belser / Astrid Epiney (Herausgeber): Basler Kommentar Bundesverfas-
sung, Basel 2015 (Herv. wegg.)

GAUCH PETER

- Banken: Die Vertragshaftung der Banken und ihre AVB, recht 2006 (Sei-
ten 77 ff.)
- Schluss: Ein «regelrechter» Schluss (Abschiedsvorlesung), Zeitschrift
für Schweizerisches Recht («ZSR») 2009 I (Seiten 215 ff.)
- Teilnichtigkeit: «Modifizierte» Teilnichtigkeit. Anmerkungen zu BGE
107 II 216 ff., recht 1993 (Seiten 95 ff.)
- UWG: Die Verwendung «missbräuchlicher Geschäftsbedingungen».
Unlauterer Wettbewerb nach Art. 8 des revidierten UWG, Baurecht
(«BR») 1987 (Seiten 51 ff.)
- Werkvertrag: Der Werkvertrag, 5. Auflage, Zürich 2011

GAUCH PETER / SCHLUEP WALTER R. / SCHMID JÖRG: Schweizerisches Obliga-
tionenrecht. Allgemeiner Teil. Band I, 10. Auflage, Zürich 2014

GIGER HANS

- Konsumkredit: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht.
Der Konsumkredit, Bern 2007

- Rechtsfolgen: Rechtsfolgen norm- und sittenwidriger Verträge. Ein Beitrag zur Lehre über das Sanktionensystem im schweizerischen Obligationenrecht, Zürich 1989 (= Schriftenreihe zum Konsumentenschutzrecht, Band 26)

GYGI FRITZ: Vom Anfang und vom Ende der Rechtsfindung. Zur Tragweite des Wortlautes bei der Auslegung, recht 1983 (Seiten 73 ff.)

HAGER JOHANNES: Der lange Abschied vom Verbot der geltungserhaltenden Reduktion, JuristenZeitung («JZ») 1996 (Seiten 175 ff.)

HAHN ANNE-CATHERINE, in: Andreas Furrer / Anton K. Schnyder (Herausgeber): Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Auflage, Zürich 2016

HASSOLD GERHARD: Rechtsfindung durch Konstruktion, Archiv für die civilistische Praxis («AcP») 1981 (Seiten 131 ff.)

HAUSHEER HEINZ / AEBI-MÜLLER REGINA E., in: Heinz Hausheer / Hans Peter Walter (Herausgeber): Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht. Artikel 1-9 ZGB, Bern 2012 (Herv. wegg.)

HAUSHEER HEINZ / JAUN MANUEL

- Reduktion: Die teleologische Reduktion und ihre Grenzen: zu BGE 123 III 445 ff. (keine gemeinsame elterliche Gewalt nach erfolgter Scheidung), Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins («ZBJV») 1998 (Seiten 501 ff.)
- SHK: Stämpflis Handkommentar. Die Einleitungsartikel des ZGB. Artikel 1-10 ZGB, Bern 2003 (Herv. wegg.)

HECK PHILIPP: Die Leugnung der Interessenjurisprudenz durch Hermann Isay, in: Günter Ellscheid / Winfried Hassemer (Herausgeber): Interessenjurisprudenz, Darmstadt 1974 (= Wege der Forschung, Band CCCXLV) (Seiten 235 ff.) (ursprünglich publiziert in Archiv für die civilistische Praxis [«AcP»] 1933 [Seiten 47 ff.])

HEISS HELMUT, in: Reto Heizmann / Leander D. Loacker (Herausgeber): UWG. Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb. Kommentar, Zürich / St. Gallen 2018 (Herv. wegg.)

HEIZMANN RETO

- Strafe: Strafe im schweizerischen Privatrecht. Phänomenologie und Grenzen gesetzlich begründeter Strafsanktionen im Privatrecht, Bern 2015 (Habilitationsschrift 2015) (= Abhandlungen zum schweizerischen Recht [«ASR»], Neue Folge Heft 811)

- UWG-Kommentar: in: Reto Heizmann / Leander D. Loacker (Herausgeber): UWG. Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb. Kommentar, Zürich / St. Gallen 2018 (Herv. wegg.)

HELLWEGE PHILIPP, in: Mathias Schmoekel / Joachim Rückert / Reinhard Zimmermann (Herausgeber) / Reinhard Zimmermann (Redaktion): Historisch-kritischer Kommentar zum BGB. Band II, 2. Teilband: §§ 305-432 BGB, Tübingen 2007

HERZOG NICOLAS, in: Heinrich Honsell (Herausgeber): Kurzkomentar OR, Basel 2014 (Herv. wegg.)

HESS MARKUS / RUCKSTUHL LEA: AGB-Kontrolle nach dem neuen Art. 8 UWG – eine kritische Auslegeordnung, Aktuelle juristische Praxis («AJP») 2012 (Seiten 1188 ff.)

HILTY RETO M., in: Reto M. Hilty / Reto Arpagaus (Herausgeber): Basler Kommentar UWG, Basel 2013 (Herv. wegg.)

HOFER SIBYLLE: Art. 27 ZGB – die späte Entdeckung einer vermeintlichen Lücke, recht 2008 (Seiten 58 ff.)

HÖHN ERNST: Praktische Methodik der Gesetzesauslegung, Zürich 1993

HOLLIGER-HAGMANN EUGÉNIE: Artikel 8 – das Kuckucksei im UWG, Jusletter 20. Februar 2012

HONSELL HEINRICH

- BaKomm: in: Thomas Geiser / Christiana Fountoulakis (Herausgeber): Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I. Art. 1-456, 6. Auflage, Basel 2018 (Herv. wegg.)
- Bereicherungsrecht: Drei Fragen des Bereicherungsrechts, in: Nedim Peter Vogt / Dieter Zobl (Herausgeber): Der allgemeine Teil und das Ganze. Liber Amicorum für Hermann Schulin, Basel 2002 (Seiten 25 ff.)
- Erklärungstheorie: Willenstheorie oder Erklärungstheorie?, in: Peter Forstmoser / Heinrich Honsell / Wolfgang Wiegand (Herausgeber): Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis. Festschrift für Hans Peter Walter, Bern 2005 (Seiten 335 ff.)
- Schuldrechtsmodernisierung: «Schuldrechtsmodernisierung» in Deutschland, in: Rainer J. Schweizer / Herbert Burkert / Urs Gasser (Herausgeber): Festschrift für Jean Nicolas Druey zum 65. Geburtstag, Zürich 2002 (Seiten 177 ff.)

- Strafgedanke: Der Strafgedanke im Zivilrecht – ein juristischer Atavismus, in: Lutz Aderhold / Barbara Grunewald / Dietgard Klingberg / Walter G. Paefgen (Herausgeber): Festschrift für Harm Peter Westermann, Köln 2008 (Seiten 315 ff.)

HONSELL HEINRICH / ISENRING BERNHARD / KESSLER MARTIN A.: Schweizerisches Haftpflichtrecht, 5. Auflage, Zürich 2013

HUBER EUGEN: Recht und Rechtsverwirklichung. Probleme der Gesetzgebung und der Rechtsphilosophie, 2. Auflage, Basel 1925

HUBMANN HEINRICH

- Grundsätze: Grundsätze der Interessenabwägung, in: Heinrich Hubmann (Herausgeber): Wertung und Abwägung im Recht, Köln etc. 1977 (Seiten 50 ff.) (ursprünglich publiziert in Archiv für die civilistische Praxis [«AcP»] 1956 [Seiten 85 ff.]
- Methode: Die Methode der Abwägung, in: Heinrich Hubmann (Herausgeber): Wertung und Abwägung im Recht, Köln etc. 1977 (Seiten 145 ff.) (ursprünglich publiziert in Heinrich Hubmann / Heinz Hübner [Herausgeber]: Festschrift für Ludwig Schnorr von Carolsfeld zum 70. Geburtstag, Köln 1972 [Seiten 173 ff.]
- Wertung: Rationale Wertung im Recht, in: Heinrich Hubmann (Herausgeber): Wertung und Abwägung im Recht, Köln etc. 1977 (Seiten 1 ff.)

HUGUENIN CLAIRE

- Nichtigkeit: Nichtigkeit und Unverbindlichkeit als Folgen anfänglicher Vertragsmängel: eine Auseinandersetzung mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 20 OR, Bern 1984 (Dissertation Bern 1984) (= Abhandlungen zum schweizerischen Recht [«ASR»], Neue Folge Heft 490)
- OR: Obligationenrecht. Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. Auflage, Zürich 2019
- Richtlinie: Allgemeine Geschäftsbedingungen in der Schweiz im Lichte der neuen EU-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, recht 1995 (Seiten 85 ff.)

HUGUENIN CLAIRE / MEISE BARBARA, in: Heinrich Honsell / Nedim Peter Vogt / Wolfgang Wiegand (Herausgeber): Basler Kommentar Obligationenrecht I. Art. 1-529, 6. Auflage, Basel 2015 (Herv. wegg.)

HUGUENIN CLAIRE / REITZE CHRISTOPHE, in: Thomas Geiser / Christiana Fountoulakis (Herausgeber): Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I. Art. 1-456, 6. Auflage, Basel 2018 (Herv. wegg.)

- HÜRLIMANN ROLAND: Teilnichtigkeit von Schuldverträgen nach Art. 20 Abs.2 OR, Freiburg 1984 (Dissertation Freiburg 1984) (= Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg [«AISUF»], Band 65)
- HÜRLIMANN-KAUP BETTINA / SCHMID JÖRG: Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht, 2. Auflage, Zürich 2010
- HUWILER BRUNO: Zur Anspruchsgrundlage der Obligation aus ungerechtfertigter Bereicherung im Schweizerischen Obligationenrecht, in: Nedim Peter Vogt / Dieter Zobl (Herausgeber): Der allgemeine Teil und das Ganze. Liber Amicorum für Hermann Schulin, Basel 2002 (Seiten 41 ff.)
- ILLEDITS ALEXANDER: Teilnichtigkeit im Privatrecht, Wien 1991 (Dissertation Wien 1991) (= Juristische Schriftenreihe, Band 41)
- INDERKUM MATTHIAS: Schadenersatz, Genugtuung und Gewinnherausgabe aus Persönlichkeitsverletzung, Zürich 2008 (Dissertation Freiburg 2008) (= Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg [«AISUF»], Band 274)
- JACOBS RETO: Flexible Nichtigkeit kartellrechtswidriger Verträge, in: Peter V. Kunz / Dorothea Herren / Thomas Cottier / René Matteotti (Herausgeber): Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis. Festschrift für Roland von Büren, Basel 2009 (Seiten 573 ff.)
- JACOBS RETO / GIGER GION, in: Marc Amstutz (Herausgeber): Basler Kommentar KG, Basel 2010 (Herv. wegg.)
- JAUN MANUEL: Die teleologische Reduktion im schweizerischen Recht. Konzeptionelle Erfassung, Voraussetzungen und Schranken der Rechtsfindung contra verba legis, Bern 2001 (Dissertation Bern 2000) (= Abhandlungen zum schweizerischen Recht [«ASR»], Neue Folge Heft 645)
- JEGHER GION / VASELLA DAVID, in: Heinrich Honsell / Nedim Peter Vogt / Anton K. Schnyder / Stephen V. Berti (Herausgeber): Basler Kommentar Internationales Privatrecht, 3. Auflage, Basel 2013 (Herv. wegg.)
- JUNG PETER
- Inhaltskontrolle: Die systematische Stellung der offenen AGB-Inhaltskontrolle im UWG – Vertrags- und wettbewerbsrechtliche Folgeprobleme, in: Alexander Brunner / Anton K. Schnyder / Andrea Kiefer-Eisner (Herausgeber): Allgemeine Geschäftsbedingungen nach neuem Schweizer Recht, Zürich 2014 (Reihe «HAVE») (Seiten 129 ff.)

- SHK: in: Peter Jung / Philippe Spitz (Herausgeber): Stämpfli Handkommentar. Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), 2. Auflage, Bern 2016 (Herv. wegg.)
- JUNG PETER / SPITZ PHILIPPE, in: Peter Jung / Philippe Spitz (Herausgeber): Stämpfli Handkommentar. Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), 2. Auflage, Bern 2016 (Herv. wegg.)
- KARPEN HANS-ULRICH: Die Verweisung als Mittel der Gesetzgebungstechnik, Berlin 1970 (= Neue Kölner Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Heft 64)
- KELLER MAX / SCHÖBI CHRISTIAN: Das Schweizerische Schuldrecht. Band I: Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, 3. Auflage, Basel 1988
- KESSLER MARTIN A., in: Heinrich Honsell / Nedim Peter Vogt / Wolfgang Wiegand (Herausgeber): Basler Kommentar Obligationenrecht I. Art. 1-529, 6. Auflage, Basel 2015 (Herv. wegg.)
- KLEY ANDREAS: Kompromiss – «Trickserei» oder Voraussetzung der direkten Demokratie?, Aktuelle juristische Praxis («AJP») 2018 (Seiten 1379 ff.)
- KOHLER PATRICK: Gewinnherausgabe bei Patentrechtsverletzungen. Bemerkungen zur Entscheidung «Rohrschelle» – Bundesgericht vom 12. April 2006, sic! Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht 2006 (Seiten 815 ff.)
- KOLLER ALFRED: Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Bern 2017
- KOLLER THOMAS
- Auslegeordnung: Art. 8 UWG: Eine Auslegeordnung, in: Susan Emmenegger (Herausgeberin): Das Bankkonto. Policy – Inhaltskontrolle – Erwachsenenschutz. Schweizerische Bankrechtstagung («SBT») 2013, Basel 2013
 - Deckungsausschlussklausel: Fragen zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen – dargestellt anhand einer Deckungsausschlussklausel in der Betriebshaftpflichtversicherung, recht 1999 (Seiten 43 ff.)
 - Gewinnversprechen: «Gewinnversprechen» und das Bundesgericht – eine Gewinn versprechende Rechtsprechung?, in: Peter Forstmoser / Heinrich Honsell / Wolfgang Wiegand (Herausgeber): Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis. Festschrift für Hans Peter Walter, Bern 2005 (Seiten 377 ff.)

KRAMER ERNST A.

- BeKomm: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht. Artikel 19-22 OR, Bern 1991 (Herv. wegg.)
- Besprechung: Urteilsbesprechung zu Bundesgericht, I. Zivilabteilung, 26.6.1997, Berufung (4C.421/1996) [= BGE 123 III 292], Aktuelle juristische Praxis («AJP») 1997 (Seiten 1556 ff.)
- Methodenlehre: Juristische Methodenlehre, 5. Auflage, Bern 2016 (auch München 2016 und Wien 2016)
- Reduktion: Teleologische Reduktion – Plädoyer für einen Akt methodentheoretischer Rezeption, Beiheft Nr. 15 zur Zeitschrift für Schweizerisches Recht («ZSR») 1993: Rechtsanwendung in Theorie und Praxis. Publikation über das Symposium zum 70. Geburtstag von Prof. Arthur Meier-Hayoz (Seiten 65 ff.)
- Vertragsinhaltskontrolle: Konzeptionsfragen zur Vertragsinhaltskontrolle, Zeitschrift für Schweizerisches Recht («ZSR») 2018 I (Seiten 295 ff.)

KREIENBAUM BIRGIT: Transparenz und AGB-Gesetz, Berlin 1998 (Dissertation Münster [Westfalen] 1997) (= Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft, Band 119)

KUT AHMET, in: Andreas Furrer / Anton K. Schnyder (Herausgeber): Handkommentar zum Schweizer Privatrecht. Obligationenrecht. Allgemeine Bestimmungen, 3. Auflage, Zürich 2016 (Herv. wegg.)

KUT AHMET / STAUBER DEMIAN: Die UWG-Revision vom 17. Juni 2011 im Überblick, Jusletter 20. Februar 2012

LANGHEIN A. W. HEINRICH: Das Prinzip der Analogie als juristische Methode, Berlin 1992 (Dissertation Hamburg 1990) (= Hamburger Rechtsstudien, Band 82)

LARENZ KARL / CANARIS CLAUS-WILHELM: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Auflage, Berlin etc. 1995

LIEBER VIKTOR, in: Peter Gauch / Jörg Schmid (Herausgeber): (Zürcher) Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch. Artikel 1-7 ZGB, 3. Auflage, Zürich 1998 (Herv. wegg.)

LINDACHER WALTER F. / HAU WOLFGANG, in: Manfred Wolf / Walter F. Lindacher / Thomas Pfeiffer (Herausgeber): AGB-Recht. Kommentar, 6. Auflage, München 2013 (Herv. wegg.)

MADER PETER: Rechtsmissbrauch und unzulässige Rechtsausübung, Wien 1994 (Habilitation Salzburg 1993)

MARCHAND SYLVAIN

- Art. 8: Art. 8 LCD: un léger mieux sur le front des intempéries, Haftung und Versicherung («Have») 2011 (Seiten 328 ff.)
- Droit de la consommation: Droit de la consommation. Le droit suisse à l'épreuve du droit européen, Zürich 2012

MARKUS ALEXANDER R.: in: Heinz Hausheer / Hans Peter Walter (Herausgeber) / Andreas Güngerich (Koordination): Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht. Schweizerische Zivilprozessordnung, Band I: Artikel 1-149 ZPO, Bern 2012

MARKUS ALEXANDER R. / WUFFLI DANIEL: Rechtskraft und Vollstreckbarkeit: zwei Begriffe, ein Konzept?, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins («ZBJV») 2015 (Seiten 75 ff.)

MATT PETER C.: Das Transparenzgebot in der deutschen AGB-Rechtsprechung: Ein Mittel zur Aktivierung von Art. 8 UWG?, Basel 1997 (Dissertation Basel 1997) (= Basler Studien zur Rechtswissenschaft. Reihe A: Privatrecht, Band 39)

MEIER-HAYOZ ARTHUR

- Aspekte: Strategische und taktische Aspekte der Fortbildung des Rechts. Zur Frage nach den Grenzen richterlicher Rechtssetzung, Juristen-Zeitung («JZ») 1981 (Seiten 417 ff.)
- BeKomm: in: Arthur Meier-Hayoz (Herausgeber): Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht. Einleitung. Artikel 1-10 ZGB, Bern 1966 («Nahezu unveränderter photomechanischer Nachdruck 1966 der Ausgabe von 1962») (Herv. wegg.)
- Materialien: Die Bedeutung der Materialien für die Gesetzesanwendung, Schweizerische Juristen-Zeitung («SJZ») 1952 (Seiten 213 ff. und 229 ff.)

MERZ HANS, in: Arthur Meier-Hayoz (Herausgeber): Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht. Einleitung. Artikel 1-10 ZGB, Bern 1966 («Nahezu unveränderter photomechanischer Nachdruck 1966 der Ausgabe von 1962») (Herv. wegg.)

METZGER PETER: Schweizerisches juristisches Wörterbuch, Nachdruck der 1. Auflage von 1996, Basel 2005

- MÖLLER REINHARD: Das Präventionsprinzip des Schadensrechts, Berlin 2006 (Dissertation Tübingen 2004) (= Schriften zum Bürgerlichen Recht, Band 336)
- MONNIER PHILIPPE E., in: Reto Heizmann / Leander D. Loacker (Herausgeber): UWG. Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb. Kommentar, Zürich / St. Gallen 2018 (Herv. wegg.)
- MÜLLER CHRISTOPH, in: Regina E. Aebi-Müller / Christoph Müller (Herausgeber): Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht. Artikel 1-18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht, Bern 2018 (Herv. wegg.)
- MÜLLER GEORG / UHLMANN FELIX: Elemente einer Rechtssetzungslehre, 3. Auflage, Zürich 2013
- MUSKENS LOUIS FRÉDÉRIC, in: Marcel Alexander Niggli / Hans Wiprächtiger (Herausgeber): Basler Kommentar Strafrecht II. Art. 137-392 StGB, Jugendstrafgesetz, 4. Auflage, Basel 2019 (Herv. wegg.)
- NEUHAUS MARKUS R. / HAAG STEFAN, in: Heinrich Honsell / Nedim Peter Vogt / Rolf Watter (Herausgeber): Basler Kommentar Obligationenrecht II. Art. 530-964 inkl. Schlussbestimmungen, 5. Auflage, Basel 2016 (Herv. wegg.)
- NICKEL CARSTEN: Die Rechtsfolgen der culpa in contrahendo, Berlin 2004 (Dissertation Mainz 2001) (= Schriften zum bürgerlichen Recht, Band 291)
- OBERHAMMER PAUL, in: Paul Oberhammer / Tanja Domej / Ulrich Haas (Herausgeber): Kurzkomentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Auflage, Basel 2014 (Herv. wegg.)
- OBERHAMMER PAUL / FRAEFEL CHRISTIAN, in: Heinrich Honsell (Herausgeber): Kurzkomentar OR, Basel 2014 (Herv. wegg.)
- OFTINGER KARL: Die Vertragsfreiheit, in: Juristische Fakultäten der schweizerischen Universitäten (Herausgeber): Die Freiheit des Bürgers im schweizerischen Recht, Zürich 1948 (Seiten 315 ff.)
- OGOREK REGINA: Der Wortlaut des Gesetzes – Auslegungsgrenze oder Freibrief?, Beiheft Nr. 15 zur Zeitschrift für Schweizerisches Recht («ZSR») 1993: Rechtsanwendung in Theorie und Praxis. Publikation über das Symposium zum 70. Geburtstag von Prof. Arthur Meier-Hayoz (Seiten 21 ff.)

- OSER HUGO / SCHÖNENBERGER WILHELM, in: August Egger / Arnold Escher / Robert Haab / Hugo Oser (Herausgeber): Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch. Artikel 1-183, 2. Auflage, Zürich 1929 (Herv. wegg.)
- OTT CLAUS / SCHÄFER HANS-BERND: Die Anreiz- und Abschreckungsfunktion im Zivilrecht, in: Claus Ott / Hans-Bernd Schäfer (Herausgeber): Die Präventivwirkung zivil- und strafrechtlicher Sanktionen. Beiträge zum VI. Travemünder Symposium zur ökonomischen Analyse des Rechts vom 25. bis 28. März 1998, Tübingen 1999 (Seiten 131 ff.)
- PERRIG ROMAN
- Einbeziehung: Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) – Zugänglichkeitsregel, in: Alexander Brunner / Anton K. Schnyder / Andrea Eisner-Kiefer (Herausgeber): Allgemeine Geschäftsbedingungen nach neuem Schweizer Recht, Zürich 2014 (Reihe «HAVE») (Seiten 169 ff.)
 - Zugänglichkeit: Die AGB-Zugänglichkeitsregel. Das Kriterium der Zugänglichkeit als Regelerfordernis bei der Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) – Empfehlungen zu einem Swiss Code of Best Practice, Basel 2011 (Dissertation Basel 2011) (= Basler Studien zur Rechtswissenschaft. Reihe A: Privatrecht, Band 102)
- PETERSEN JENS: Von der Interessenjurisprudenz zur Wertungsjurisprudenz, Tübingen 2001
- PETITPIERRE GILLES: Une proposition de lecture systématique des art. 19 et 20 CO, in *Semaine Judiciaire. Revue de jurisprudence* 2001 (Seiten 73 ff.)
- PEUKERT ALEXANDER: Güterzuordnung als Rechtsprinzip, Tübingen 2008 (Habilitationsschrift München 2007/2008) (= *Ius Privatum*. Beiträge zum Privatrecht, Band 138)
- PICHONNAZ PASCAL / FORNAGE ANNE-CHRISTINE: Le projet de révision de l'art. 8 LCD – Une solution appropriée à la difficulté de négocier des conditions générales, *Schweizerische Juristen-Zeitung* («SJZ») 2010 (Seiten 285 ff.)
- PIETRUSZAK THOMAS, in: Heinrich Honsell (Herausgeber): *Kurzkommentar OR*, Basel 2014 (Herv. wegg.)
- PORTMANN WOLFGANG / RUDOLPH ROGER, in: Heinrich Honsell / Nedim Peter Vogt / Wolfgang Wiegand (Herausgeber): *Basler Kommentar Obligationenrecht I*. Art. 1-529, 6. Auflage, Basel 2015 (Herv. wegg.)

PROBST THOMAS

- AGB: in: Ernst A. Kramer / Thomas Probst / Roman Perrig (Herausgeber): Schweizerisches Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Bern 2016
- SHK: in: Peter Jung / Philippe Spitz (Herausgeber): Stämpflis Handkommentar. Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), 2. Auflage, Bern 2016 (Herv. wegg.)

REY HEINZ: Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, 3. Auflage, Bern 2007

REYMANN CHRISTOPH: Das Sonderprivatrecht der Handels- und Verbraucherverträge, Tübingen 2008 (Habilitationsschrift Saarland 2008) (= Ius Privatum. Beiträge zum Privatrecht, Band 139)

RIEMER HANS MICHAEL

- Einleitungsartikel: Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Art. 1-10 ZGB). Eine Einführung, 2. Auflage, Bern 2003
- Reduktion: Zur sogenannten «teleologischen Reduktion», recht 1999 (Seiten 176 ff.)

ROBERTO VITO: Schadenersatz, Gewinnabschöpfung und Bereicherungsanspruch bei Immaterialgüterrechtsverletzungen, sic!-Sonderheit 2008 (Seiten 23 ff.)

ROTH HERBERT: Geltungserhaltende Reduktion im Privatrecht, JuristenZeitung («JZ») 1989 (Seiten 411 ff.)

RÜEDI YVES, in: Heinz Hausheer / Hans Peter Walter (Herausgeber): Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht. Artikel 66 OR, Bern 2011 (Herv. wegg.)

RÜETSCHI DAVID, in: Reto M. Hilty / Reto Arpagaus (Herausgeber): Basler Kommentar Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Basel 2013 (Herv. wegg.)

RÜETSCHI DAVID / ROTH SIMON / FRICK MARKUS R., in: Reto M. Hilty / Reto Arpagaus (Herausgeber): Basler Kommentar Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Basel 2013 (Herv. wegg.)

RÜMELIN MAX V.: Zur Lehre von der juristischen Konstruktion, in: Günter Ellscheid / Winfried Hassemer (Herausgeber): Interessenjurisprudenz, Darmstadt 1974 (= Wege der Forschung, Band CCCXLV) (Seiten 72 ff.) (ursprünglich publiziert in Archiv für Rechtsphilosophie 1922/23 [Seiten 343 ff.]

RUSCH ARNOLD F.

- Auslegung: Bitte recht feindlich – zur Auslegung allgemeiner Geschäftsbedingungen, Aktuelle juristische Praxis («AJP») 2014 (Seiten 205 ff.)
- Salvatorische Klauseln: Salvatorische Klauseln in AGB, sui-generis 2016 (Seiten 73 ff.)
- Schadenabwärtungsklauseln: Schadenabwärtungsklauseln in der Inhaltskontrolle, Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht («SZW») 2012 (Seiten 439 ff.)

SCHÄFER FRANK, in: Franz Jürgen Säcker / Roland Rixecker / Hartmut Oetker / Bettina Limperg (Herausgeber) / Marin Henssler (Redakteur): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 5/2: §§ 651a–704 BGB, 7. Auflage, München 2017 (Herv. wegg.)

SCHÄFER HANS-BERND / OTT CLAU: Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 5. Auflage, Berlin 2012

SCHÄRER HEINZ / MAURENBRECHER BENEDIKT, in: Heinrich Honsell / Nedim Peter Vogt / Wolfgang Wiegand (Herausgeber): Basler Kommentar Obligationenrecht I. Art. 1–529, 6. Auflage, Basel 2015 (Herv. wegg.)

SCHLOSSER PETER, in: Michael Coester / Dagmar Coester-Waltjen / Rüdiger Krause / Peter Schlosser (Herausgeber): J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. §§ 305–310; UKlaG, (Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen), Berlin 2013 (Herv. wegg.)

SCHLUEP WALTER R.

- Recht: Recht und Intuition, in: Pierre Tercier et al. (Herausgeber): Gauchs Welt. Recht, Vertragsrecht und Baurecht. Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag, Zürich 2004 (Seiten 221 ff.)
- Rechtstheorie: Einladung zur Rechtstheorie, Bern 2006

SCHMID JÖRG

- Inhaltskontrolle: Die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen: Überlegungen zum neuen Art. 8 UWG, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins («ZBJV») 2012 (Seiten 1 ff.)
- Geschäftsführung: Die Geschäftsführung ohne Auftrag, Freiburg 1992 (Habilitationsschrift Freiburg 1992) (= Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg [«AISUF»], Band 116)
- Gewinnherausgabe: Gewinnherausgabe bei unerlaubter Untermiete, Besprechung von BGE 126 III 69 ff., recht 2000 (Seiten 205 ff.)

- SCHMID-TSCHIRREN CHRISTINA, in: Heinz Hausheer / Hans Peter Walter (Herausgeber): Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht. Artikel 1-9 ZGB, Bern 2012 (Herv. wegg.)
- SCHMIDLIN BRUNO: Der Vertragsabschluss nach Art. 1 OR und die Vertragsauflösung nach Art. 31 OR: Selbstverständliches, Missverständliches und neues Verständnis, Zeitschrift für Schweizerisches Recht («ZSR») 2015 I (Seiten 107 ff.)
- SCHMIDT HARRY, in: Peter Ulmer / Hans Erich Brandner / Horst-Diether Hensen (Herausgeber): AGB-Recht. Kommentar zu den §§ 305-310 BGB und zum UKlaG, 12. Auflage, Köln 2016
- SCHMIDT KARSTEN: Die Zukunft der Kodifikationsidee. Rechtsprechung, Wissenschaft und Gesetzgebung vor den Gesetzeswerken des geltenden Rechts, Heidelberg 1985 (= Schriftenreihe Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 167)
- SCHNYDER ANTON K.: Einführung in die Dogmatik der AGB, in: Alexander Brunner / Anton K. Schnyder / Andrea Eisner-Kiefer (Herausgeber): Allgemeine Geschäftsbedingungen nach neuem Schweizer Recht, Zürich 2014 (Reihe «HAVE») (Seiten 39 ff.)
- SCHÖNENBERGER WILHELM / JÄGGI PETER: Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch. Artikel 1-17 OR, 3. Auflage, Zürich 1973 (Herv. wegg.)
- SCHOTT ANSGAR: Missbräuchliche allgemeine Geschäftsbedingungen – Zur Inhaltskontrolle, Schweizer Treuhänder («ST») 2012 (Seiten 78 ff.)
- SCHULIN HERMANN, in: Heinrich Honsell / Nedim Peter Vogt / Wolfgang Wiegand (Herausgeber): Basler Kommentar Obligationenrecht I. Art. 1-529, 6. Auflage, Basel 2015 (Herv. wegg.)
- SCHÜRNBAND JAN: Die Grenzen richtlinienkonformer Rechtsfortbildung im Privatrecht, JuristenZeitung («JZ») 2007 (Seiten 910 ff.)
- SCHWAB MARTIN, in: Franz Jürgen Säcker / Roland Rixecker / Hartmut Oetker / Bettina Limperg (Herausgeber) / Mathias Habersack (Redakteur): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 6: §§ 705-853 BGB etc., 7. Auflage, München 2017 (Herv. wegg.)
- SCHWAIBOLD MATTHIAS, in: Heinrich Honsell (Herausgeber): Kurzkommentar OR, Basel 2014 (Herv. wegg.)

- SCHWANDER IVO, in: Heinrich Honsell / Nedim Peter Vogt / Thomas Geiser (Herausgeber): Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II. Art. 457-977 und Art. 1-61 SchIT, 5. Auflage, Basel 2015 (Herv. wegg.)
- SCHWEIZER MARK, in: Willi Fischer / Thierry Luterbacher (Herausgeber): Haftpflichtkommentar. Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen, Zürich / St. Gallen 2016 (Herv. wegg.)
- SCHWEIZER RAINER J., in: Bernhard Ehrenzeller / Benjamin Schindler / Rainer J. Schweizer / Klaus A. Vallender (Herausgeber): Die schweizerische Bundesverfassung. St. Galler Kommentar, Band I, 3. Auflage, Zürich 2014 (Herv. wegg.)
- SCHWENZER INGEBORG
- BaKomm: in: Heinrich Honsell / Nedim Peter Vogt / Wolfgang Wiegand (Herausgeber): Basler Kommentar Obligationenrecht I. Art. 1-529, 6. Auflage, Basel 2015 (Herv. wegg.)
 - OR AT: Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil, 7. Auflage, Bern 2016
- SEILER HANSJÖRG: Auswirkungen des EU-Rechts auf Nicht-EU-Mitglieder («de facto Mitgliedschaft» der Schweiz und Liechtensteins?). Beitrag der Schweiz zum XVI. Treffen der obersten Verwaltungsgerichtshöfe Österreichs, Deutschlands, des Fürstentums Liechtenstein und der Schweiz vom 18./19. September 2008
- SPIRO KARL: Können übermässige Verpflichtungen oder Verfügungen in reduziertem Umfang aufrechterhalten werden?, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins («ZBJV») 1952 (Seiten 449 ff. und 497 ff.)
- SPITZ PHILIPPE, in: Peter Jung / Philippe Spitz (Herausgeber): Stämpflis Handkommentar. Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), 2. Auflage, Bern 2016 (Herv. wegg.)
- SPITZ PHILIPPE / UHLMANN FELIX, in: Peter Jung / Philippe Spitz (Herausgeber): Stämpflis Handkommentar. Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), 2. Auflage, Bern 2016 (Herv. wegg.)
- STAUB ROGER, in: Michael Noth / Gregor Bühler / Florent Thouvenin (Herausgeber). Stämpflis Handkommentar. Markenschutzgesetz (MSchG), 2. Auflage, Bern 2017 (Herv. wegg.)

- STOESSEL GERHARD, in: Heinrich Honsell / Nedim Peter Vogt / Anton K. Schnyder (Herausgeber): Kommentar zum schweizerischen Privatrecht («Basler Kommentar»). Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, Basel 2001 (Herv. wegg.)
- STREIFF ULLIN / VON KAENEL ADRIAN / RUDOLPH ROGER: Arbeitsvertrag. Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Auflage, Zürich 2012
- THIÉBAUD ALAIN: Von der bundesgerichtlichen Bonus-Rechtsprechung zur materiellen Entgeltlichkeit von Arbeitsverträgen, Zürich 2015 (Dissertation Zürich 2015)
- THOUVENIN FLORENT, in: Reto M. Hilty / Reto Arpagaus (Herausgeber): Basler Kommentar Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Basel 2013 (Herv. wegg.)
- TSCHANNEN EMANUEL GEORG: Vorbeugender Rechtsgüterschutz durch Privatrecht. Eine Bestandesaufnahme überkompensatorischer Rechtsfolgen im Vertragsrecht der Schweiz, Bern 2009 (Dissertation Bern 2008) (= Abhandlungen zum schweizerischen Recht [«ASR»], Neue Folge Heft 767)
- TSCHANNEN PIERRE, in: Bernhard Ehrenzeller / Benjamin Schindler / Rainer J. Schweizer / Klaus A. Vallender (Herausgeber): Die schweizerische Bundesverfassung. St. Galler Kommentar, Band II, 3. Auflage, Zürich 2014 (Herv. wegg.)
- TSCHENTSCHER AXEL, in: Bernhard Waldmann / Eva Maria Belser / Astrid Epiney (Herausgeber): Basler Kommentar Bundesverfassung, Basel 2015 (Herv. wegg.)
- TUOR PETER / SCHNYDER BERNHARD / SCHMID JÖRG / JUNGO ALEXANDRA: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. Auflage, Zürich 2015
- UFFMANN KATHARINA
- Reduktion: Das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion, Tübingen 2010 (Dissertation Bayreuth 2009/2010) (= Studien zum Privatrecht, Band 4)
 - Vertragsgerechtigkeit: Vertragsgerechtigkeit als Leitbild der Inhaltskontrolle. Der BGH und die ergänzende Vertragsauslegung, Neue Juristische Wochenschrift («NJW») 2012 (Seiten 2225 ff.)
- UHLMANN FELIX, in: Bernhard Waldmann / Eva Maria Belser / Astrid Epiney (Herausgeber): Basler Kommentar Bundesverfassung, Basel 2015 (Herv. wegg.)

ULMER PETER: Teilunwirksamkeit von teilweise unangemessenen AGB-Klauseln? Zum Verhältnis von geltungserhaltender Reduktion und ergänzender Vertragsauslegung, *Neue Juristische Wochenschrift* («NJW») 1981 (Seiten 2025 ff.)

UMBRICHT ROBERT / RODRIGUEZ RODRIGO / KRÜSI MELANIE, in: Heinrich Honsell / Nedim Peter Vogt / Anton K. Schnyder / Stephen V. Berti (Herausgeber): *Basler Kommentar Internationales Privatrecht*, 3. Auflage, Basel 2013 (Herv. wegg.)

VISCHER MARKUS

- AGB-Kontrolle: Zur generell-abstrakten AGB-Kontrolle nach UWG, *Aktuelle juristische Praxis* («AJP») 2014 (Seiten 964 ff.)
- Freizeichnungsklauseln: Freizeichnungsklauseln in Grundstückskaufverträgen. Gegenstand einer AGB-Kontrolle oder der Selbstverantwortung?, *Schweizerische Juristen-Zeitung* («SJZ») 2012 (Seiten 177 ff.)

VISCHER MARKUS / GALLI DARIO: Teilungültigkeit eines mit Willensmängeln behafteten Geschäftsübertragungsvertrags, *Schweizerische Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht sowie Umstrukturierungen* («GesKR») 2018 (Seiten 222 ff.)

VOGT HANS-UELI

- Handelsregister: Der öffentliche Glaube des Handelsregisters. Registerrecht – Vertrauenshaftung – Ökonomie der Information, Zürich 2003 (Dissertation Zürich 2003) (= Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Band 220)
- Sonderzivilrecht: Sonderzivilrecht für Immaterialgüter – dargestellt anhand der vermögensrechtlichen Folgen von Immaterialgüterrechtsverletzungen, recht 1997 (Seiten 231 ff.)

VOGT HANS-UELI / BASCHUNG MANUEL: Wie weiter im Aktienrecht nach der Annahme der Volksinitiative «gegen die Abzockerei»? *Schweizerische Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht sowie Umstrukturierungen* («GesKR») 2013 (Seiten 5 ff.)

VON TUHR ANDREAS / PETER HANS: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts. Erster Band (Gesamtlieferung), 3. Auflage, Zürich 1979

WAGNER GERHARD: Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmassung oder legitime Aufgabe?, *Archiv für die civilistische Praxis* («AcP») 2006 (Seiten 352 ff.)

- WALDMANN BERNHARD, in: Bernhard Waldmann / Eva Maria Belser / Astrid Epiney (Herausgeber): Basler Kommentar Bundesverfassung, Basel 2015 (Herv. wegg.)
- WALKER NADIA: Kontrolle von Konsumenten-AGB unter besonderer Berücksichtigung der Inhaltskontrolle nach Art. 8 UWG, Zürich / St. Gallen 2015 (Dissertation St. Gallen 2015) (= St. Galler Schriften zur Rechtswissenschaft [«SGRW»], Band 26)
- WALTER HANS PETER
- Methodenpluralismus: Der Methodenpluralismus des Bundesgerichts bei der Gesetzesauslegung, recht 1999 (Seiten 157 ff.)
 - Vertrauenshaftung: Vertrauenshaftung im Umfeld des Vertrages, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins («ZBJV») 1996 (Seiten 273 ff.)
- WEBER PHILIPP, in: Paul Oberhammer / Tanja Domej / Ulrich Haas (Herausgeber): Kurzkomentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Auflage, Basel 2014 (Herv. wegg.)
- WEBER ROLF H.
- BaKomm: in: Heinrich Honsell / Nedim Peter Vogt / Wolfgang Wiegand (Herausgeber): Basler Kommentar Obligationenrecht I. Art. 1-529, 6. Auflage, Basel 2015 (Herv. wegg.)
 - BeKomm: in: Heinz Hausheer (Herausgeber): Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht. Artikel 97-109 OR, Bern 2000 (Herv. wegg.)
- WESTERMANN HARM PETER: Geldentschädigung bei Persönlichkeitsverletzung – Aufweichung der Dogmatik des Schadensrechts?, in: Ingo Koller et al. (Herausgeber): Einheit und Folgerichtigkeit im juristischen Denken. Symposium zu Ehren von Herrn Professor Dr. Dr. h.c. mult. Claus-Wilhelm Canaris, München 1998 (Seiten 125 ff.)
- WIDMER ESTHER: Missbräuchliche Geschäftsbedingungen nach Art. 8 UWG. Unter besonderer Berücksichtigung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Banken, Zürich / St. Gallen 2015 (Dissertation Bern 2014)
- WIEGAND WOLFGANG, in: Heinrich Honsell / Nedim Peter Vogt / Wolfgang Wiegand (Herausgeber): Basler Kommentar Obligationenrecht I. Art. 1-529, 6. Auflage Basel 2015 (Herv. wegg.)
- WYTTENBACH JUDITH / WYSS KARL-MARC, in: Bernhard Waldmann / Eva Maria Belser / Astrid Epiney (Herausgeber): Basler Kommentar Bundesverfassung, Basel 2015 (Herv. wegg.)

ZELLWEGER-GUTKNECHT CORINNE, in: Heinrich Honsell / Nedim Peter Vogt / Wolfgang Wiegand (Herausgeber): Basler Kommentar Obligationenrecht I. Art. 1-529, 6. Auflage, Basel 2015 (Herv. wegg.)

ZELLWEGER-GUTKNECHT CORINNE / BUCHER EUGEN, in: Heinrich Honsell / Nedim Peter Vogt / Wolfgang Wiegand (Herausgeber): Basler Kommentar Obligationenrecht I. Art. 1-529, 6. Auflage, Basel 2015 (Herv. wegg.)

ZSCHIESCHACK FRANK, in: Beate Gsell / Wolfgang Krüger / Stephan Lorenz / Christoph Reymann (Herausgeber): beck-online. Grosskommentar BGB/Zivilrecht, München, Stand 1. Januar 2018 (Herv. wegg.)

Materialienverzeichnis

- AB-NR Amtliches Bulletin der Bundesversammlung. Nationalrat
- AB-SR Amtliches Bulletin der Bundesversammlung. Ständerat
- BERICHT KOLLEKTIVER RECHTSSCHUTZ — «Kollektiver Rechtsschutz in der Schweiz – Bestandesaufnahme und Handlungsmöglichkeiten». Bericht des Bundesrates vom 3. Juli 2013
- BERICHT OR 1909 — Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung, betreffend die Revision des Obligationenrechts (Nachtrag zur Botschaft vom 3. März 1905) vom 1. Juni 1909, Bundesblatt 1909 III, Seiten 725 ff.
- BERICHT REDAKTIONSKOMMISSION OR — Bericht der Redaktionskommission des Obligationenrechtes an die Bundesversammlung vom 14. März 1911, Bundesblatt 1911 I, Seiten 845 ff.
- BERICHT «ZAHLUNGSSCHLENDRIAN» — Bericht zur Abschreibung der Motion der freisinnig-demokratischen Fraktion 08.3169 «Stopp dem Zahlungsschlendrian» vom 4. April 2012, Bundesblatt 2012, Seiten 4651 ff.; vgl. auch Geschäft 12.045 auf der Website des Parlaments. Vgl. auch hinten MOTION STOPP DEM ZAHLUNGSSCHLENDRIAN».
- BOTSCHAFT ARBEITSVERTRAG — Botschaft zur Volksinitiative «betreffend Kündigungsschutz im Arbeitsvertragsrecht» und zur Revision der Bestimmungen über die Auflösung des Arbeitsverhältnisses im Obligationenrecht vom 9. Mai 1984, Bundesblatt 1984 II, Seiten 551 ff.
- BOTSCHAFT ENTSTEHUNG DER OBLIGATION — Botschaft zu einem Bundesgesetz über die Förderung der Konsumenteninformation und zu einem Bundesgesetz über die Änderung des Obligationenrechts (Die Entstehung der Obligation) vom 7. Mai 1986, Bundesblatt 1986 II, Seiten 354 ff.
- BOTSCHAFT KKG — Botschaft betreffend die Änderung des Bundesgesetzes über den Konsumkredit vom 14. Dezember 1998, Bundesblatt 1999, Seiten 3155 ff. (es wurde schliesslich nicht eine Änderung erlassen, sondern ein neues Gesetz [Totalrevision])
- BOTSCHAFT LPG — Botschaft zu einem Bundesgesetz über die landwirtschaftliche Pacht vom 11. November 1981, Bundesblatt 1982 I, Seiten 257 ff.

- BOTSCHAFT OR 1905 — Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf betreffend die Ergänzung des Entwurfes eines schweizerischen Zivilgesetzbuches durch Anfügung des Obligationenrechtes und der Einführungsbestimmungen vom 3. März 1905, Bundesblatt 1905 II, Seiten 1 ff.
- BOTSCHAFT PüG — Botschaft zu einem Preisüberwachungsgesetz (PüG) vom 30. Mai 1984, Bundesblatt 1984 II, Seiten 755 ff.
- BOTSCHAFT UWG 1983 — Botschaft zu einem Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 18. Mai 1983, Bundesblatt 1983 II, Seiten 1009 ff.
- BOTSCHAFT UWG 2009 — Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 2. September 2009, Bundesblatt 2009, Seiten 6151 ff.
- BOTSCHAFT ZGB PERSÖNLICHKEITSSCHUTZ — Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Persönlichkeitsschutz: Art. 28 ZGB und 49 OR) vom 5. Mai 1982, Bundesblatt 1982 II, Seiten 636 ff.
- BOTSCHAFT ZPO 2006 — Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 28. Juni 2006, Bundesblatt 2006, Seiten 7221 ff.
- BOTSCHAFT ZPO 2020 — Botschaft zur Änderung der Schweizerischen Zivilprozessordnung (Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung) vom 26. Februar 2020, Bundesblatt 2020, Seiten 2697 ff.
- ENTWURF LPG — Entwurf zu einem Bundesgesetz über die landwirtschaftliche Pacht (LPG) vom 11. November 1981, Bundesblatt 1982 I, Seiten 303 ff.
- ENTWURF OR 1905 — Gesetzesentwurf betreffend die Ergänzung des Entwurfes eines schweizerischen Zivilgesetzbuches durch Anfügung des Obligationenrechtes und der Einführungsbestimmungen vom 3. März 1905, Bundesblatt 1905 II, Seiten 77 ff.
- ENTWURF OR 1909 — Entwurf zu einem «Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des schweizerischen Zivilgesetzbuches durch Anfügung des Obligationenrechtes», Bundesblatt 1909 III, Seiten 757 ff.
- ENTWURF UWG 2009 — Entwurf vom 2. September 2009 zur Änderung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Bundesblatt 2009, Seiten 6193 ff.
- ENTWURF ZPO 2006 — Entwurf zu einer Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 28. Juni 2006, Bundesblatt 2006, Seiten 7413 ff.

- ERLÄUTERNDER BERICHT ZPO 2018 — Erläuternder Bericht zur Änderung der Zivilprozessordnung (Verbesserung der Praxis-tauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung) vom 2. März 2018
- ERLÄUTERUNGEN — Erläuterungen zur Anpassung von Artikel 1 VKKG, Dezember 2015
- MEDIENMITTEILUNG KKG — Medienmitteilung «Bundesrat senkt Höchstzinssatz für Konsumkredite» vom 11. Dezember 2015
- MEDIENMITTEILUNG PUBLIKATIONSGESETZ — Medienmitteilung «Rechtsverbindlichkeit der elektronischen Fassung bei den amtlichen Veröffentlichungen ab 1. Januar 2016» des Bundesrates vom 7. Oktober 2015
- MOTION «STOPP DEM ZAHLUNGSSCHLENDRIAN» — Motion von Nationalrat Adrian Amstutz vom 20. März 2008, abgedruckt in AB-NR, Beilagen 2010 I (Frühjahrssession), Seiten 84 f.; vgl. dazu auch das Geschäft 08.3168 auf der Website des Parlaments. Vgl. auch die gleich-benannte Motion der freisinnig-demokratischen Fraktion vom 20. März 2008, abgedruckt in AB-NR, Beilagen 2008 III (Sommer-session), Seiten 302 f.; vgl. dazu auch Geschäft 08.3169 auf der Website des Parlaments und vorn BERICHT «ZAHLUNGSSCHLENDRIAN», sodann Geschäft 20.4503 auf der Website des Parlaments
- VORENTWURF LOTTERIEGESETZ — Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über die Lotterien und Wetten (Lotteriegelgesetz, LG) vom 25. Oktober 2002
- VORENTWURF ZPO 2018 — Vorentwurf zu einer Änderung der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) (Verbesserung der Praxis-tauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung) vom 2. März 2018

Erlassverzeichnis

ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie vom 1. Juni 1811 (Österreich)
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (konsolidierte Fassung in Amtsblatt Nr. C 326 vom 26. Oktober 2012, Seiten 1 ff.)
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz) vom 9. Dezember 1976 (Deutschland) (nicht mehr in Kraft; heute §§ 305–310 BGB)
AGB-Gesetz	AGBG (siehe dort)
BetmG	Bundesgesetz über die Betäubungsmittel und die psychotropen Stoffe (Betäubungsmittelgesetz) vom 3. Oktober 1951 (SR 812.121)
BewG	Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland vom 16. Dezember 1983 (SR 211.412.41)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896 (Deutschland)
BGBB	Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht vom 4. Oktober 1991 (SR 211.412.11)
BGFA	Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz) vom 23. Juni 2000 (SR 935.61)
BGS	Bundesgesetz über Geldspiele (Geldspielgesetz) vom 29. September 2017 (SR 935.51)
BöB	Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994 (SR 172.056.1)
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
BV-1874	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 (Bereinigte Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen Band 1, Seiten 3 ff.)
CO	Französische Fassung des OR (zu diesem dort)
dUWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (früher Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes) vom 27. Mai 1896 (Deutschland)
FIDLEG	Bundesgesetz über die Finanzdienstleistungen (Finanzdienstleistungsgesetz) vom 15. Juni 2018 (SR 950.1)

FZA	Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit, abgeschlossen am 21. Juni 1999 (SR 0.142.112.681)
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 (SR 291)
KG	Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz) vom 6. Oktober 1995 (SR 251)
KIG	Bundesgesetz über die Information der Konsumentinnen und Konsumenten (Konsumenteninformationsgesetz) vom 5. Oktober 1990 (SR 944.0)
KKG	Bundesgesetz über den Konsumkredit vom 23. März 2001 (SR 221.214.1)
KSchG	Konsumentenschutzgesetz (Österreich)
LPG	Bundesgesetz über die landwirtschaftliche Pacht vom 4. Oktober 1985 (SR 221.213.2)
LugÜ	Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Lugano-Übereinkommen), abgeschlossen in Lugano am 30. Oktober 2007 (SR 0.275.12)
MSchG	Bundesgesetz über den Schutz von Marken und Herkunftsangaben (Markenschutzgesetz) vom 28. August 1992 (SR 232.11)
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220)
OR-1881	Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 14. Brachmonat (Juni) 1881 (Bundesblatt 1881 III, Seiten 109 ff., und Amtliche Sammlung des Bundesrechts Band 5, Seiten 635 ff.) (nicht mehr in Kraft, vgl. Art. 60 Abs. 2 des Schlusstitels des ZGB)
ParlG	Bundesgesetz über die Bundesversammlung (Parlamentsgesetz) vom 13. Dezember 2002 (SR 171.10)
PatG	Bundesgesetz über die Erfindungspatente (Patentgesetz) vom 25. Juni 1954 (SR 232.14)
PrHG	Bundesgesetz über die Produkthaftpflicht (Produkthaftpflichtgesetz) vom 18. Juni 1993 (SR 221.112.944)
PROT. 2 LugÜ	Protokoll 2 über die einheitliche Auslegung des Übereinkommens und den Ständigen Ausschuss zum LugÜ (zu diesem vgl. dort)
PublG	Bundesgesetz über die Sammlungen des Bundesrechts und das Bundesblatt (Publikationsgesetz) vom 18. Juni 2004 (SR 170.512)

PublV	Verordnung über die Sammlungen des Bundesrechts und das Bundesblatt (Publikationsverordnung) vom 7. Oktober 2015 (SR170.512.1)
PüG	Preisüberwachungsgesetz (PüG) vom 20. Dezember 1985 (SR942.20)
RICHTLINIE	Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, Amtsblatt Nr. L 095 vom 21. April 1993, Seiten 29 ff. (Die Änderung der RICHTLINIE durch die Richtlinie 2011/83/EU [vgl. deren Erw. 63 und Art. 32] ist hier ohne Bedeutung.)
RPG	Bundesgesetz über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz) vom 22. Juni 1979 (SR 700)
RVOG	Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997 (SR 172.010)
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 (SR 281.1)
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
StGB-1937	Schweizerisches Strafgesetzbuch in der Fassung vom 21. Dezember 1937 (Bundesblatt 1937 III, Seiten 625 ff., und Amtliche Sammlung des Bundesrechts Band 54, Seiten 757 ff., und Bereinigte Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen Band 3, S. 203 ff.)
StHG	Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden vom 14. Dezember 1990 (SR 642.14)
SVG	Strassenverkehrsgesetz vom 19. Dezember 1958 (SR 741.01)
UmwG	Umwandlungsgesetz vom 28. Oktober 1994 (Deutschland)
URG	Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz) vom 9. Oktober 1992 (SR 231.1)
UWG	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986 (SR 241)
UWG-1986	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb in der Fassung vom 19. Dezember 1986 (Bundesblatt 1987 I, Seiten 27 ff.)
VAG	Bundesgesetz betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen (Versicherungsaufsichtsgesetz) vom 17. Dezember 2004 (SR 961.01)
VE-ZPO	VORENTWURF ZPO 2018 (zu diesem siehe im Materialienverzeichnis)
VKKG	Verordnung zum Konsumkreditgesetz vom 6. November 2002 (SR 221.214.11)

VKKG-EJPD	Verordnung des EJPD über den Höchstzinssatz für Konsumkredite vom 7. November 2018 (SR 221.214.111) (keine amtliche Abkürzung)
VIG	Bundesgesetz über das Vernehmlassungsverfahren (Vernehmlassungsgesetz) vom 18. März 2005 (SR 172.061)
VMWG	Verordnung über die Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen vom 9. Mai 1990 (221.213.11)
VVG	Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (Versicherungsvertragsgesetz) vom 2. April 1908 (SR 221.229.1)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (SR 272)

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
Art.	Artikel
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGH	Bundesgerichtshof
et al.	und andere
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
f.	folgende (Seite, Note, Randziffer)
ff.	folgende (Seiten, Noten, Randziffern)
Fn.	Fussnote
Herv. hinz.	Eine <i>Hervorhebung</i> , die im zitierten Text nicht enthalten ist, wurde in dieser Arbeit <i>hinzugefügt</i> . (Bei Zitaten aus Erlassen werden hinzugefügte Hervorhebungen nicht gekennzeichnet.)
Herv. i.O.	Eine in dieser Arbeit enthaltene <i>Hervorhebung</i> erscheint auch im zitierten Text (<i>im Original</i>)
Herv. wegg.	Eine <i>Hervorhebung</i> , die im zitierten Text enthalten ist, wird in dieser Arbeit nicht wiedergegeben, sondern wurde <i>weggelassen</i> . (Bei den Werken, bei denen dies im Literaturverzeichnis angemerkt ist, wurden Hervorhebungen ohne weiteren Hinweis weggelassen.)
lit.	litera (Buchstabe)
litt.	literae (Buchstaben)
N	Note/Nummer
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (zitiert «RGZ Band S. Beginn ff. S. Fundstelle»)
Rz.	Randziffer
S.	Seite(n)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (vgl. Art. 1 lit. a und Art. 11 f. PublG)
vgl.	vergleiche
Ziff.	Ziffer

Einleitung

Nach Artikel 8 UWG handelt «[u]nlauter ... insbesondere, wer allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die in Treu und Glauben verletzender Weise zum Nachteil der Konsumentinnen und Konsumenten ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten vorsehen».

In dieser Arbeit soll eine Antwort auf die Frage gesucht werden, was die Rechtsfolge der «Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen»¹ ist. Dabei wird allein eine Antwort gesucht auf die Frage, was die «vertragliche» Rechtsfolge der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen ist. Die Untersuchung ist also beschränkt auf die Frage, welche «vertraglichen Pflichten»² die Parteien, die einen solchen Vertrag abgeschlossen haben,³ treffen und welche «vertraglichen Rechte» sie haben. Besondere lauterkeitsrechtliche Rechtsfolgen – zum Beispiel Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche nach Artikel 9 Absatz 1 UWG für Verbände und Organisationen (Artikel 10 Absatz 2 UWG) oder Konkurrenten (Artikel 10 Absatz 1 UWG) oder den Bund (Artikel 10 Absatz 3 UWG) – werden nicht betrachtet. Zudem ist die Untersuchung beschränkt auf die Frage nach der *Rechtsfolge* der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen. Auf die Frage, welche Voraussetzungen dafür bestehen, dass Geschäftsbedingungen *missbräuchlich* sind, wird hier keine Antwort gesucht.

1 So die Sachüberschrift zu Art. 8 UWG. Im Gesetzestext erscheint der Begriff «missbräuchlich» nicht. Sodann setzt der Gesetzestext zusätzlich voraus, dass es sich um *allgemeine* Geschäftsbedingungen handelt. Im Folgenden wird der Tatbestand entsprechend der Sachüberschrift als «Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen» bezeichnet. Wo es um «allgemeine Geschäftsbedingungen» unabhängig von ihrer Missbräuchlichkeit geht, wird der Begriff «allgemeine Geschäftsbedingungen» («AGB») verwendet. Dabei sind aber «allgemeine Geschäftsbedingungen» nicht «allgemeiner» als «missbräuchliche Geschäftsbedingungen» (aber, wie die Begriffe hier verwendet werden, sind sie eben nicht notwendigerweise missbräuchlich).

2 Diese Wortwahl gemäss Art. 8 UWG.

3 Hier kommt es einmal allein auf das «tatsächliche» Abschliessen – also den Austausch übereinstimmender Willensäusserungen im Sinne von Art. 1 Abs. 1 OR – an. Ob die Parteien dadurch im rechtlichen Sinn einen Vertrag abgeschlossen haben, ob also der Vertrag «wirksam» ist, ist erst zu prüfen.

- 3 Dabei stellt sich als Erstes die Frage, ob der unter Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen abgeschlossene Vertrag ex lege⁴ unwirksam ist (also jedenfalls die von Artikel 1 Absatz 1 OR, Artikel 97 OR und anderen Bestimmungen vorgesehenen Wirkungen nicht hat) oder ob eben das Gegenteil gilt, er lediglich anfechtbar ist.⁵ Auf diese Frage wird in Teil 1 dieser Arbeit eine Antwort gesucht.
- 4 Als Zweites stellt sich die Frage, was zwischen den Parteien gilt, wenn und weil das, was sie vereinbarten, gerade nicht gilt: «Im Rahmen einer individuell-konkreten AGB-Kontrolle dürfte Nichtigkeit nach Art. 20 OR vorliegen, aber nach Art. 20 Abs. 2 OR [in der Regel] nicht Nichtigkeit des ganzen Vertrags oder der ganzen AGB, sondern nur Nichtigkeit der betreffenden AGB-Klausel. Ob eine modifizierte Teilnichtigkeit, also die geltungserhaltende Reduktion einer AGB-Klausel, möglich ist, ist umstritten.»⁶ Man kann diese Frage als Frage nach dem «Umfang der Unwirksamkeit» bezeichnen. Denn es geht darum, ob zwischen den Parteien das gilt, was sie «höchstens», «gerade noch» zulässigerweise hätten vereinbaren dürfen, ob zwischen ihnen – für den von ihnen in Verletzung von Artikel 8 UWG geregelten «Ausschnitt» aus ihren Rechtsbeziehungen – gilt, was dem dispositiven Recht entspricht oder (sonst) als angemessen anzusehen ist, oder ob die zwischen den Parteien bestehenden Rechte und Pflichten⁷ noch mehr (zulasten des AGB-Verwenders) von dem abweichen, was sie vereinbarten. Zudem geht es auch darum, wie man den «Ausschnitt» aus den Rechtsbeziehungen der Parteien, der Artikel 8 UWG verletzt, bestimmt, welchen Umfang also dieser Ausschnitt hat; dies

4 BERGER, N 1103, verwendet «ipso iure». Auf die Begriffe an sich kommt es aber nicht an. Nicht ganz das Gleiche wird hingegen mit dem Begriff «von Amtes wegen» angesprochen. Er «passt» eher zur prozessualen Frage, konkret zur Frage der Behauptungs- oder Substantiierungslast. Vgl. zum Einfluss einer «Nichtigkeit» oder Unwirksamkeit ex lege – als materiellrechtliche Frage – auf die Berücksichtigung derselben im Prozess – als formellrechtliche Frage – den Entscheid des Bundesgerichts vom 14. Januar 2015 im Verfahren 5A_482/2014, Erw. 5, und hinten Fn. 9.

5 In BGE 119 II 443 Erw. 1.c S. 448 konnte das Bundesgericht die Frage (zu Art. 8 UWG-1986) offenlassen.

6 VISCHER, Freizeichnungsklauseln, S. 181.

7 Man kann die zwischen den Parteien bestehenden Rechte und Pflichten als (die zwischen ihnen bestehende) «Rechtslage» bezeichnen (man könnte auch von «Rechtsbeziehung» sprechen). Der Begriff kann aber auch die «objektive Rechtslage» bezeichnen, also die (Summe der) Rechtsregeln, die die hier gestellten Fragen beantworten; gestellt ist hier die Frage nach der sich aus dem Art. 8 UWG und den sonstigen Gesetznormen ergebenden *Rechtslage* betreffend die Geltendmachung und den Umfang der Unwirksamkeit von Verträgen, die unter Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen geschlossen wurden. Der Begriff wird in dieser Arbeit für beides verwendet; es ergibt sich jeweils aus dem Kontext, ob das eine oder das andere gemeint ist. Zum Begriff Geltendmachen vgl. hinten Fn. 9.

wiederum kann dazu führen, dass dieser «Ausschnitt» gesamthaft unwirksam ist. Auf diese Frage(n) wird in Teil 2 dieser Arbeit eine Antwort gesucht.

Die Antwort auf eine sich stellende Rechtsfrage ist im Gesetz zu suchen, 5
jedenfalls soweit dieses «nach Wortlaut oder Auslegung» eine Bestimmung enthält.⁸ Den Aufbau der vorliegenden Arbeit gibt also grundsätzlich Artikel 1 ZGB vor. Die Frage nach dem Geltendmachen⁹ der Unwirksamkeit wird im Folgenden als erste behandelt, denn man kann sie als «zeitlich» vorgehend betrachten: Erst wenn der Vertrag überhaupt unwirksam ist, stellt sich die Frage, wieweit, also in welchem Umfang, er das ist.

Die Rechtsfindung beginnt dabei, wie Artikel 1 Absatz 1 ZGB es vorsieht, 6
beim Wortlaut. Danach folgen die (weiteren)¹⁰ Rechtsfindungselemente, und zwar zunächst die grammatikalische Auslegung, die systematische Auslegung und die historische Auslegung, danach die teleologischen Rechtsfindungselemente (die nicht notwendigerweise nur Auslegung sind)^{11, 12} Als Ergebnis eines Rechtsfindungselements wird dabei regelmässig nur festgehalten, dass dieses Element (oder sein Ergebnis) eher für die eine oder die andere Rechtslage spricht. Das ist aber Folge davon, dass kein Rechtsfindungselement allein die Rechtslage bestimmt. Vielmehr geht das Bundesgericht von einem

8 Art. 1 Abs. 1 ZGB. Dass es «nach Wortlaut oder Auslegung» eine Bestimmung enthält (und welche) – und deshalb eine Rechtsfindung in Anwendung von Art. 1 Abs. 2 ZGB nicht nötig ist –, wird sich im Folgenden zeigen.

9 Ist die Unwirksamkeit eine solche ex lege, ist der Begriff «Geltendmachen» nicht ganz präzise. Denn die Unwirksamkeit tritt ja eben auch ein, ohne dass sie geltend gemacht wurde. Dennoch soll im Folgenden dieser Begriff verwendet werden. Aus dem bereits erwähnten Entscheid des Bundesgerichts vom 14. Januar 2015 im Verfahren 5A_482/2014, Erw. 5, ergibt sich übrigens, dass auch eine Unwirksamkeit ex lege immerhin in einem Prozess insofern geltend gemacht werden muss, als die entsprechenden Tatsachen prozessrechtskonform (das heisst vor allem: rechtzeitig) vorgebracht werden müssen; vgl. schon BGE 62 II 108 Erw. 1 Abs. 2 S. 109. Vgl. aber wiederum den Entscheid des Bundesgerichts vom 28. Februar 2018 im Verfahren 4A_364/2017 (teilweise publiziert in BGE 144 III 100), Erw. 7.2.1 f., wonach «das Bundesgericht bis anhin nicht entschieden hat, ob Nichtigkeit (eines Verwaltungsratsbeschlusses) auch in tatsächlicher Hinsicht von Amtes wegen zu prüfen ist, sodass Art. 317 Abs. 1 ZPO unbeachtlich wäre», dass aber «[d]ie Nichtigkeit eines Entscheids ... nicht von Amtes wegen überprüft werden kann, wenn dieser nicht Gegenstand des Verfahrens ist». Vgl. schon BECKER, Art. 20 OR N 11: «[Das Gericht] hat ... nur auf die Tatsachen abzustellen, die nach dem einschlägigen Prozessrecht richtig in den Prozess eingebracht sind.»

10 Zum Verhältnis zwischen dem «Wortlaut», den Art. 1 Abs. 1 ZGB erwähnt, und der (grammatikalischen) Auslegung vgl. HONSELL, BaKomm, Art. 1 ZGB N 1. Je nachdem ist die Rechtsfindung, die nach dem Wortlaut einsetzt, das erste oder ein weiteres Auslegungselement. Darauf kommt es aber hier nicht an.

11 Dazu hinten N 499.

12 Vgl. allerdings BYDLINSKI, Methodenlehre, S. 450 und S. 451, der zwischen einer «historisch-sprachlichen» und einer «historisch-teleologischen» Auslegung oder Interpretation unterscheidet.

«Methodenpluralismus» aus.¹³ Entscheidet aber nicht ein Rechtsfindungselement allein über die Rechtslage, kann das Ergebnis der Untersuchung eines Rechtsfindungselements – oder einer Rechtsnorm anhand eines Rechtsfindungselements – auch gar nicht sein, dass diese oder jene Rechtslage bestehe.¹⁴ Sondern eben nur, dass dieses Rechtsfindungselement für diese oder jene Rechtslage spricht. Die «Kombination» der Ergebnisse aus den einzelnen Rechtsfindungselementen muss separat vorgenommen werden.¹⁵

13 Und zwar von einem «pragmatischen». Es «lehnt es namentlich ab, die einzelnen Auslegungselemente einer hierarchischen Ordnung zu unterstellen»; vielmehr muss «[d]as Gesetz ... in erster Linie aus sich selbst heraus, das heisst nach dem Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zugrunde liegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode ausgelegt werden. ... Gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis der ratio legis.» (Zum Ganzen BGE 140 I 305 Erw. 6.1 S. 310.) Im Einzelnen hinten N93 ff.

14 BRAUN, S. 123 (Herv. wegg.), geht sogar davon aus, dass die Rechtsfindungselemente überhaupt keine positive Antwort auf die Frage geben können, was gelten soll, sondern nur darauf, was nicht gelten soll, dass sie «nur bestimmte Lösungen als mit dem Gesetz unvereinbar aus[schliessen]. Die richtige Lösung lässt sich daher durch die Einhaltung der Canones nicht positiv gewährleisten.» Zur «[p]ositive[n] Fundierung von Interpretationshypthesen» (so der Titel) aber S. 127 ff.

15 Und zwar durch Abwägung. Dazu hinten N93 ff., hinten N123 ff. und hinten N479 ff.

Teil 1:

Anfechtbarkeit oder Unwirksamkeit ex lege

§ 1 Wortlaut von Artikel 8 UWG

Ausgangspunkt der Auslegung ist der Wortlaut.¹⁶ Wer missbräuchliche Geschäftsbedingungen verwendet, handelt unlauter (Artikel 8 UWG). Nach Artikel 2 UWG handelt, wer seinen Tatbestand erfüllt, «[u]nlauter und widerrechtlich»; auch wenn es sich aus dem Wortlaut von Artikel 2 UWG nicht klar ergibt, heisst das, dass, wessen Verhalten (entweder die Generalklausel des Artikels 2 oder) eine der «besonderen» Bestimmungen der Artikel 3–8 UWG erfüllt, widerrechtlich handelt.¹⁷

Das Verwenden missbräuchlicher Geschäftsbedingungen ist also widerrechtlich. Was die zwischen den Parteien eines solchen Vertrages bestehenden Rechte und Pflichten sind, ergibt sich damit allerdings nicht klar.¹⁸ Das OR-1881 enthielt unter der Überschrift «Gegenstand^e des Vertrages» einen Artikel 17 mit folgendem Wortlaut: «Gegenstand des Vertrages kann nur eine Leistung sein, welche möglich und nicht widerrechtlich oder unsittlich ist.» Das

16 Vgl. nur BGE 140 II 415 Erw. 5.4 S. 421. Nach KRAMER, Methodenlehre, S. 84, «ist der Wortlaut des Gesetzes das primäre und wichtigste Indiz für den Normsinn». Zur Frage, ob der Wortlaut (auch) Element der Auslegung sei, HONSELL, BaKomm, Art. 1 ZGB N 1 und N 3: «Zumindest schief ist es auch, den Wortlaut als Auslegungselement zu bezeichnen (...). Damit werden Wortlaut und grammatische Auslegung vermengt.»

17 Vgl. (jeweils für Art. 8 UWG) HEISS, Art. 8 UWG N 243; HILTY, Art. 2 UWG N 57; PROBST, SHK, Art. 8 UWG N 290.

18 Zur Frage, ob das «Widerrechtlich-Sein» eine Rechtsfolge ist, vgl. GIGER, Konsumkredit: Er unterscheidet (für das KKG) einmal zwischen «Rechtsfolgen» und «Rechtswirkungen» (Teil II N 386), ein anderes Mal zwischen «Rechtsfolgen (wie etwa Nichtigkeit, Anfechtbarkeit, zwingend ergänzendes Recht)» und «Konsequenzen dieser Rechtsfolgen (z.B. Rückabwicklungsprobleme)» (Teil II N 679). Nach dieser Terminologie wäre das «Widerrechtlich-Sein» eine Rechtsfolge, aber keine Rechtswirkung oder Konsequenz. HILTY, Art. 2 UWG N 19, bezeichnet «widerrechtlich» als Qualifikation. Dabei ist die Frage, ob das von einer Norm als Folge der Erfüllung ihres Tatbestands Angeordnete (nur) die Anordnung einer «Rechtsfolge» ist oder ob es bereits die Anordnung von «Rechtswirkungen» oder «Konsequenzen» ist, nicht Ausgangslage, sondern erst Ergebnis der Auslegung. Die Verwendung des einen oder des andern Begriffes in dieser Arbeit, in der diese Frage ja eben erst beantwortet werden soll, würde das Ergebnis vorwegnehmen. Es wird deshalb nicht grundsätzlich differenziert.

Bundesgericht ging davon aus, dass «der Widerspruch eines Rechtsgeschäftes mit einem gesetzlichen Verbot verschiedene Folgen haben [kann] (...), Nichtigkeit, Anfechtbarkeit, Klaglosigkeit, Strafe»¹⁹. Denkbar wäre, ebenso die Qualifikation «widerrechtlich» des Artikels 2 UWG als Anordnung einer «Rechtswirkung» zu verstehen. Der Wortlaut von Artikel 8 UWG ist damit unklar für die Frage, ob er überhaupt «Rechtswirkungen» vorsieht und gegebenenfalls welche. Es wird sich aber zeigen, dass die Artikel 8 und 2 UWG keine «Rechtswirkungen» vorsehen (sogleich N 9 ff., insb. N 163).

§2 Systematik: Artikel 8 als Verweisung auf Artikel 9 UWG

I. Allgemeines

- 9 Artikel 9 UWG enthält eine ausführliche Rechtsfolgeordnung. Soll eine Norm (Artikel 9 UWG) die Rechtsfolge der Verletzung oder Erfüllung²⁰ einer anderen Norm (Artikel 8 UWG) regeln, handelt es sich um eine Verweisung.²¹ Handelt es sich bei Artikel 8 UWG um eine Verweisungsnorm, ergibt sich die Rechtsfolge seiner Erfüllung nicht aus ihm selber – das wäre beispielsweise Nichtigkeit, wie sie für Artikel 17 OR-1881 angenommen wurde –, sondern aus der verwiesenen Norm; diese kann man als Verweisungsobjekt bezeichnen.²² Die Frage, ob eine Norm eine Verweisungsnorm ist, hängt davon ab, «ob der vom Gesetzgeber gewollte Sinn in der Norm selbst voll zum Ausdruck kommt oder sich erst durch die Hinzunahme der anderen Norm ergibt»²³. Der «vom Gesetzgeber gewollte Sinn» ergibt sich aus der Auslegung der Normen. Ob Artikel 8 UWG auf Artikel 9 UWG verweist, ergibt sich also aus einer Auslegung der Artikel 8 und 9 UWG. Aus Artikel 8 UWG ergibt sich nach dem Ausgeführten nicht, ob er überhaupt unvollständig ist und eine Verweisungsnorm ist (vielmehr wäre ja eben denkbar, dass er schon selber auch «Rechtswirkungen»

19 BGE 34 II 681 Erw. 3 S. 686; HUGUENIN/MEISE, Art. 19/20 OR N 52 Abs. 1.

20 Die *Verletzung* der Schranken der Vertragsfreiheit, die Art. 8 UWG vorsieht, ist gleichzeitig die *Erfüllung* seines Tatbestands. Das wird im Folgenden als «Verletzung von Art. 8 UWG» bezeichnet.

21 SCHMIDT K., S. 44 f., verwendet die Begriffe «Bezugsnormen» und «Verweisungstechnik» für die §§ 134 und 823 Abs. 2 BGB (die den Art. 20 und 41 OR entsprechen). Vorliegend geht es mit Art. 9 UWG zwar um eine Norm, die einen viel geringeren Anwendungsbereich hat als die Art. 20 und 41 OR; das gesetzestechnische Vorgehen und damit die Ausgangslage für die systematische Auslegung sind aber zumindest vergleichbar.

22 KARPEN, S. 19, mit Hinweisen auf weitere mögliche Begriffe.

23 KARPEN, S. 23 f. (Herv. wegg.).

vorsieht).²⁴ Ob sich die vertragliche Rechtsfolge der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen aus Artikel 9 UWG (als Verweisungsobjekt) ergibt, ist also aufgrund einer Auslegung von Artikel 9 UWG zu untersuchen.²⁵

II. Wortlaut von Artikel 9 UWG

Im Folgenden ist also die Frage zu beantworten, ob Artikel 9 UWG Verweisungsobjekt von Artikel 8 UWG ist. Zu klären ist dazu das Verhältnis der Artikel 8 und 9 UWG zueinander (konkret die Frage, ob die Rechtsfolge der Verletzung von Artikel 8 UWG sich aus Artikel 9 UWG ergibt); was dieses Verhältnis ist, ergibt sich wiederum zunächst aus dem Wortlaut²⁶ der beiden Normen.²⁷ Denn eine Verweisung kann sich namentlich aus einem Begriff ergeben.²⁸ Man kann also fragen, ob Artikel 8 UWG – zum Beispiel mit den Begriffen «unlauter» oder «widerrechtlich» (via Artikel 2 UWG) – auf Artikel 9 UWG verweist. Man könnte allerdings auch fragen, ob Artikel 9 UWG – zum Beispiel durch den Begriff der «Verletzung» – auf Artikel 8 UWG verweist. Die Frage, welche

24 Es wird also angenommen, Art. 8 UWG sei dann unvollständig und seine Verletzung ziehe die in einer anderen Norm vorgesehene Rechtsfolge nach sich, wenn er selber keine «Rechtswirkungen» vorsieht. Gerade umgekehrt erklärt aber HOFER, S. 58 (rechts), die «Entkopplung der traditionellen Verbindung von Art. 27 ZGB und Art. 20 OR» (also die Annahme, Art. 27 ZGB verweise gerade *nicht* auf Art. 20 Abs. 1 OR) damit, «dass Art. 27 ZGB keine deutliche Regelung der Rechtsfolgen enthalte». Auch wenn Art. 8 UWG also keine «Rechtswirkungen» vorsieht, zwingt das also nicht dazu, solche aus anderen Normen zu gewinnen. Vielmehr ist auch dann denkbar, sie mittels anderer Auslegungselemente aus Art. 8 UWG selber zu gewinnen oder eine Lücke anzunehmen (die dann allerdings – um Systemkonformität anzustreben – doch wieder «mit Blick» auf andere Normen zu füllen ist).

25 Aus der (möglichen) Verweisungsnorm ergibt sich also nicht (notwendigerweise), ob es sich um eine Verweisungsnorm handelt. Vgl. zum Beispiel die Art. 20 Abs. 1 OR und Art. 26 Abs. 1 und 2 BewG. Obwohl sie beide das Gleiche anordnen (nämlich «Nichtigkeit»), ist Art. 20 Abs. 1 OR keine Verweisungsnorm, sondern ist der Sinn von «Nichtigkeit» aus Art. 20 Abs. 1 OR (oder der verletzen Norm) zu gewinnen (vgl. dazu HUGUENIN/MEISE, Art. 19/20 OR N 53 f.; KUT, Art. 19-20 OR N 38; vgl. aber hinten N 200 ff.); Art. 26 Abs. 1 und 2 BewG verweisen hingegen auf seine Abs. 3 und 4 (als Verweisungsobjekte). Dass dies der Fall ist, ergibt sich aber nicht aus Abs. 1 und 2, sondern aus den Abs. 3 und 4 des Art. 26 BewG.

26 Zu Wortlaut und «Wortsinn» KRAMER, Methodenlehre, S. 61. Vorliegend werden diese Begriffe synonym verwendet.

27 Anstatt unter dem systematischen könnte man diese Prüfung also als Teil des grammatikalischen Auslegungselements vornehmen. Diese Zuteilung ist aber ohne Bedeutung, da kein Auslegungselement per se einem anderen vorgeht (dazu hinten N 93 ff.).

28 KARPEN, S. 38 f. Vgl. auch FRIEDRICH, Art. 7 ZGB N 8 Abs. 2: «Auch in einer gesetzlichen Begriffsbestimmung (...) liegt unter Umständen ein Rechtssatz eingeschlossen, der für einen grösseren Kreis von Tatbeständen massgebend ist.» Zur Verweisung zwischen einzelnen Normen und «Begriffe[n des ZGB], die sachlich in der Regel eine Verweisung auf das OR enthalten», LIEBER, Art. 7 ZGB N 39.

der Normen man als Verweisungsnorm und welche als Verweisungsobjekt betrachtet, ist aber ohne Bedeutung.

11 Ob Artikel 9 UWG (als Verweisungsnorm oder -objekt) die Rechtsfolge der Verletzung von Artikel 8 UWG bestimmt, ergibt sich also zunächst aus den in Artikel 9 UWG verwendeten Begriffen. Es handelt sich um nichts anderes als die Frage nach dem Tatbestand von Artikel 9 UWG.²⁹

12 Der Tatbestand des Artikels 9 UWG ist erfüllt, wenn jemand «durch unlauteren Wettbewerb in seiner Kundschaft, seinem Kredit oder beruflichen Ansehen, in seinem Geschäftsbetrieb oder sonst in seinen wirtschaftlichen Interessen bedroht oder verletzt wird». Nach dem Wortlaut von Artikel 8 UWG ist die Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen unlauter, stellt also unlauteren Wettbewerb dar. Wer durch Verwenden missbräuchlicher Geschäftsbedingungen bedroht oder verletzt wird, ist also *durch unlauteren Wettbewerb* verletzt.³⁰ «Verwenden» wiederum ist namentlich das Abschliessen eines Vertrages.³¹ Der Abschluss eines Vertrages, der missbräuchliche Geschäftsbedingungen enthält, erfüllt also nach dem Wortlaut des Gesetzes – durch die Qualifikationen der Artikel 8 und 2 UWG – den Tatbestand von Artikel 9 UWG.³²

III. Äussere Systematik

13 Das UWG enthält im 1. Abschnitt des 2. Kapitels Bestimmungen über die «Widerrechtlichkeit des unlauteren Wettbewerbs», zu der Artikel 8 (neben den

29 Vgl. KUT, Art. 19–20 OR N 7, nach dem sich «[a]ufgrund des inneren Zusammenhangs [der Art. 19 Abs. 2 und 20 OR] ergibt ..., dass [sie] im Verhältnis von Tatbestand und Rechtsfolge zu verstehen sind». Zur Frage, ob das für die Art. 19 und 20 OR zutrifft, allerdings hinten N 263 ff.

30 Ist ein Vertrag, der gegen Art. 8 UWG verstösst, allerdings ex lege unwirksam, besteht gar keine Verletzung. Ob ein solcher Vertrag ex lege unwirksam ist, ist aber erst Ergebnis der Auslegung von Artikel 9 UWG. Es ist also einmal davon auszugehen, dass eine Verletzung vorliegt.

31 Ob missbräuchliche Geschäftsbedingungen bereits «verwendet», wer solche im Rahmen eines Antrages zum Vertragsschluss (zum Beispiel durch Auslage von Waren nebst Auflage der Geschäftsbedingungen, Art. 7 Abs. 3 OR) oder einer *invitatio ad offerendum* (vgl. zu dieser ZELLWEGER-GUTKNECHT/BUCHER, Art. 7 OR N 1 Abs. 3) zum Beispiel auf seiner Website bekanntgibt, ist hier ohne Bedeutung; vgl. dazu (ablehnend) THOUVENIN, Art. 8 N 134.

32 GAUCH, UWG, S. 57. Ob der Konsument, der einen Vertrag geschlossen hat, der Art. 8 UWG verletzt, selber am wirtschaftlichen Wettbewerb beteiligt ist und eigene wirtschaftliche Interessen geltend machen kann, wie es Art. 9 Abs. 1 Ingress UWG verlangt (vgl. RÜETSCHI/ROTH/FRICK, Art. 9 UWGN 4, mit Verweis auf BGE 126 III 239), ist ohne Bedeutung: Der Konsument ist kraft Art. 10 Abs. 1 UWG aktivlegitimiert (dazu DOMEJ, Art. 10 UWGN 1; RÜETSCHI, Art. 10 UWGN 1) und damit auch als Verletzter im Sinne von Art. 9 UWG zu betrachten. Eine Übersicht über die Lehrmeinungen zur Rechtsfolge der Verletzung des Art. 8 UWG-1986 bei KOLLER TH., Deckungsausschlussklausel, S. 47.

Artikeln 2-7) UWG gehört. Diese gehören (zusammen mit Artikel 9 UWG) zu den «[z]ivil- und prozessrechtliche[n] Bestimmungen» des UWG (2. Kapitel). Artikel 9 UWG regelt damit die Rechtsfolge der Verletzung der Artikel 2-8 UWG. Zwar ist denkbar, dass Artikel 9 UWG nur die Rechtsfolgen der Verletzung der Artikel 2-7 UWG regelt, nicht aber des Artikels 8 UWG. Aus dem Wortlaut und der Systematik ergibt sich eine solche Differenzierung aber nicht. Sodann wird mit dem Begriff der Unlauterkeit in Artikel 8 UWG (wie auch in den Artikeln 2-7 UWG) auf Artikel 9 UWG (Ingress) verwiesen.

Aufgrund der äusseren³³ Systematik besteht kein Grund zur Annahme, dass Artikel 9 UWG nicht die Rechtsfolge der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen regle. 14

§ 3 Historische Auslegung der Artikel 8 und 9 UWG

In der Botschaft zum UWG in der heute geltenden Fassung – geändert wurde namentlich Artikel 8 UWG – wurde ausgeführt, dass «[i]n der Lehre ... grossmehrheitlich Einigkeit darüber [herrscht], dass Verstösse gegen Artikel 8 UWG [gemeint damals: UWG-1986] zur Nichtigkeit der fraglichen Klausel führen».³⁴ Es wird nicht ausgeführt, ob diese Ansicht (für Artikel 8 UWG-1986) unterstützt wird und ob das auch für den neu einzuführenden Artikel 8 UWG gelten soll. Da dies unkommentiert angeführt wird, kann man aber annehmen, diese Rechtsprechung entspreche der Ansicht des Bundesrates (als Autor der Botschaft)^{35,36} 15

Im Rahmen der Beratung des Artikels 8 gemäss ENTWURF UWG 2009 führte Ständerat Hermann Bürgi als Kommissionssprecher hingegen aus: «Wenn der Tatbestand des unlauteren Wettbewerbs gegeben ist, führt das nicht automatisch zur Nichtigkeit des Vertrages, sondern dann stehen neben den Rechtsbehelfen des UWG eben insbesondere die Artikel 23 bis 31 OR zur 16

33 «Der Aufbau oder die Gliederung (äussere Systematik) betrifft die Aufteilung des Regelungstoffes in Teile, Kapitel, Abschnitte, Unterabschnitte, Artikel bzw. Paragraphen, Absätze, Ziffern, Sätze usw., [das heisst] die Reihenfolge der Normierungen und ihrer Bestandteile» (MÜLLER/UHLMANN, N 202). Vgl. auch KRAMER, Methodenlehre, zum «äussere[n] System des schweizerischen Privatrechts» (Titel S. 98) und der äusseren Gliederung der Gesetzgebung (S. 99 [Herv. wegg.]); vgl. auch S. 100 unten zur Bedeutung von Verweisungen in diesem Zusammenhang. Das «innere System» (S. 102 ff.) wird hier im Rahmen der teleologischen Rechtsfindung behandelt. Zum Zusammenhang zwischen äusserer und innerer Systematik vgl. aber MÜLLER/UHLMANN, N 211 ff.

34 BOTSCHAFT UWG 2009, S. 6180.

35 Vgl. Art. 141 Abs. 1 ParlG.

36 So, mit Verweis auf die (weitere) Entstehungsgeschichte, KUT/STAUBER, Rz. 130.

Verfügung. ... Der Vertrag ist also nicht automatisch nichtig.»³⁷ Bundesrat Schneider-Amman führte hingegen aus: «Eine Klausel, die gegen Artikel 8 UWG verstösst, ist nichtig. Sie beziehungsweise ihr Inhalt ist widerrechtlich im Sinne von Artikel 20 des Obligationenrechts. Sie entfaltet deshalb keine Rechtswirkung.»³⁸

17 Es ergibt sich also aus den Materialien zum heute geltenden Recht keine klare Antwort.³⁹

18 Gemäss Botschaft zum Erlass des UWG (1983) behält sich der Bundesrat «zusätzliche gesetzgeberische Massnahmen – etwa im Allgemeinen Teil des Obligationenrechts –» vor für den Fall, dass sich «mit dieser Lösung und auch durch den vorgesehenen Ausbau zwingender Normen in besonders empfindlichen Gebieten (wie Konsumkredit- und Mietrecht) keine ausreichende Verbesserung der Situation im Bereich der AGB abzeichne[t]». ⁴⁰ Gauch geht aufgrund der Ausführungen in der Botschaft davon aus, der Gesetzgeber habe sich gegen eine Unwirksamkeit ex lege entschieden. ⁴¹ Tatsächlich scheint fraglich, welche «gesetzgeberischen Massnahmen ... im Allgemeinen Teil des Obligationenrechts» der Bundesrat sich noch hätte vorbehalten sollen, wenn die Nichtigkeit (Artikel 20 Absatz 1 OR) sich bereits aus dem von ihm vorgeschlagenen Gesetz hätte ergeben sollen. Die Materialien zum früheren Recht sprechen also eher für Anfechtbarkeit.

§4 Teleologie: Einschränkung von Artikel 9 UWG

19 Aus Wortlaut und (äusserer) Systematik der Artikel 2, 8 und 9 UWG ergibt sich eher, dass Artikel 9 UWG – nach dessen Absatz 1 der Verletzte im Falle einer

37 Votum BÜRGI, AB-SR 2010 III (Herbstsession), S. 937.

38 Votum SCHNEIDER-AMMANN, AB-NR 2011 I (Frühjahrssession), S. 229. Zu dieser «Argumentationsleiter» (*unlauter – widerrechtlich – nichtig*) HEISS, Art. 8 UWG N 243; in N 244 allerdings mit dem Hinweis darauf, dass diese Argumentation nicht überzeuge, dass jedoch jedenfalls Art. 8 UWG in der Fassung vom 17. Juni 2011 (also in der heute geltenden Fassung) (auch) den *Inhalt* der allgemeinen Geschäftsbedingungen widerrechtlich mache, weshalb es sich immerhin deshalb um einen Fall der Nichtigkeit gemäss Art. 20 OR handle.

39 Vgl. SCHMID, Inhaltskontrolle, S. 5: «[N]amentlich erweisen sich die Protokolle der Beratungen in den eidgenössischen Räten als wenig aussagekräftig.»

40 BOTSCHAFT UWG 1983, S. 1053.

41 GAUCH, UWG, S. 57 Fn. 74; vgl. nun allerdings GAUCH, Werkvertrag, N 200, wo er von Nichtigkeit (also Unwirksamkeit ex lege) ausgeht, und GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1155. Vgl. aber KRAMER, BeKomm, Art. 19/20 OR N 288: «Eine von Amts wegen zu berücksichtigende Nichtigkeit des Vertrags (der Vertragsklauseln) sieht das UWG bei Verstössen gegen Art. 8 UWG[-1986] nicht vor». Zahlreiche Hinweise bei AESCHIMANN, N 18.

Bedrohung oder Verletzung «dem Richter beantragen» kann, diese zu verbieten beziehungsweise zu beseitigen – die vertragliche Rechtsfolge der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen regelt; die Entstehungsgeschichte gibt keine klare Antwort, was die Rechtslage sein soll, befasst sich aber jedenfalls nicht mit der Frage der Anwendbarkeit von Artikel 9 UWG.

Es bleibt zu prüfen, ob sich aus der Teleologie des Gesetzes etwas für die gestellte Rechtsfrage ergibt; konkret also, ob es dem Zweck des Gesetzes (eher) entspricht, dass ein Vertrag, der Artikel 8 UWG verletzt, ex lege unwirksam ist oder dass er anfechtbar ist. Als Alternative zu Unwirksamkeit ex lege, wie sie in der BOTSCHAFT UWG 2009 vertreten wurde und wie sie sich aus Artikel 20 Absatz 1 OR ergeben würde,⁴² wird die Anfechtbarkeit angeführt. Es wurde geprüft, ob die Rechtsfolge sich aus Artikel 9 UWG ergibt. Was sich aus diesem ergibt, wurde aber noch nicht geprüft. Bevor geprüft werden kann, ob die Rechtsfolge, die Artikel 9 UWG vorsieht, dem Zweck des Artikels 8 UWG ent- oder widerspricht, muss geprüft werden, welche Rechtsfolge Artikel 9 UWG überhaupt vorsieht. Deshalb ist im Folgenden zunächst zu prüfen, welche vertragliche Rechtsfolge der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen sich aus Artikel 9 UWG überhaupt ergeben würde.

I. Rechtsfolge von Artikel 9 UWG

«Wer durch unlauteren Wettbewerb ... bedroht oder verletzt wird, kann dem Richter beantragen: ...»⁴³ Der Verletzte kann also den Richter anrufen, wenn eine Verletzung droht oder besteht.⁴⁴ Ist der Vertrag, der Artikel 8 UWG verletzt, ex lege unwirksam, so ist ein Antrag an den Richter, um dessen Unwirksamkeit zu erwirken, weder nötig noch möglich. Wenn – und falls – aber Artikel 9 Absatz 1 UWG die Anfechtbarkeit vorsieht, folgt daraus, dass der Vertrag eben nicht ex lege unwirksam, sondern grundsätzlich wirksam ist.⁴⁵ Zwar

42 Zu dessen Relevanz für die Frage der Unwirksamkeit ex lege hinten N 200 ff. und hinten N 263 ff.

43 Art. 9 Abs. 1 UWG.

44 Dazu, dass die Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen – im Sinne eines Vertragsschlusses – eine *Verletzung* im Sinne von Artikel 9 UWG ist, vgl. vorn Fn. 32. Eine *Bedrohung* könnte darin gesehen werden, dass der AGB-Verwender, indem er missbräuchliche Geschäftsbedingungen verwendet, zu erkennen gibt, dass er die sich aus diesen ergebenden Rechte und Pflichten durchsetzen will, wodurch man den Konsumenten als gefährdet betrachten könnte.

45 So im Ergebnis GAUCH, UWG, S. 57, der allerdings annimmt, es liege gar kein Fall des Art. 20 Abs. 1 OR vor, weshalb der Vertrag schon deswegen gar nicht nichtig sei. Gegen diese – auch von Gauch nun aufgegebene (vgl. vorn N 18) – Ansicht bereits BAUDENBACHER, Art. 8 UWG N 59.

kann man argumentieren, die Unwirksamkeit des Vertrages nach Artikel 20 Absatz 1 OR – oder aus welchen Gründen auch immer – führe dazu, dass gar keine Verletzung besteht.⁴⁶ Doch eine systematische Betrachtung des Gesetzes⁴⁷ erfordert die Annahme einer Rechtslage, die dazu führt, dass die vom Gesetzgeber aufgestellten Normen – hier Artikel 9 Absatz 1 UWG – einen Anwendungsbereich haben.⁴⁸ Sieht das Gesetz die Anfechtbarkeit eines Vertrages vor, kann diese Anordnung nicht durch die Annahme einer Unwirksamkeit ex lege «umgangen» werden. Ob das Gesetz dies vorsieht, bleibt aber zu prüfen.

22 Die Annahme, dass ein Vertrag, der gegen Artikel 8 UWG verstösst, (nur) anfechtbar ist, scheitert also nicht bereits daran, dass dieser Vertrag möglicherweise (in Anwendung von Artikel 20 Absatz 1 OR oder aus anderen Gründen) nichtig ist.

23 Andererseits ist die Annahme, ein Vertrag, der gegen Artikel 8 UWG verstösst, sei deshalb (nur) anfechtbar, weil Artikel 9 UWG erst dessen Anfechtung ermögliche, zirkulär: Artikel 9 UWG hat als Tatbestand den Bestand einer Verletzung. Geht man davon aus, wegen Artikel 9 UWG sei ein unzulässiger Vertrag nicht nichtig, sondern nur anfechtbar (und besteht damit zunächst), leitet man aus Artikel 9 UWG die Rechtsfolge ab, es bestehe eine Verletzung. Dies ist wiederum der Tatbestand von Artikel 9 UWG. Aus einer Norm kann sich aber nicht als Rechtsfolge der Bestand ihres eigenen Tatbestands ergeben. Die systematische Auslegung des Gesetzes führt jedoch dazu, dass auch dieses Argument nicht allein deshalb zu verwerfen ist, weil es zirkulär ist. Vielmehr sind die Normen eben so auszulegen, dass nicht eine ohne Anwendungsbereich verbleibt. Ohnehin schliesst die Unwirksamkeit ex lege nicht notwendigerweise die Anfechtbarkeit aus.⁴⁹

46 Nimmt man aber an, der Abschluss des Vertrages begründe eine Bedrohung (vorn Fn. 44), bestünde eine solche auch bei Unwirksamkeit ex lege.

47 Vorliegend geht es um die *teleologische* Auslegung des Gesetzes zur Frage, ob der Vertrag, der gegen Art. 8 UWG verstösst, ex lege unwirksam ist oder nur anfechtbar; es geht also um die Frage, ob die von Art. 9 Abs. 1 UWG vorgesehene Rechtsfolge dem Zweck des Gesetzes entspricht. Was diese Rechtsfolge ist, ergibt sich allerdings aus einer vollständigen – also auch *systematischen* – Auslegung von Art. 9 UWG.

48 BYDLINSKI, Methodenlehre, S. 444: «Führte eine bestimmte Interpretation einer Norm infolge des klaren Inhaltes einer anderen Gesetzesregel oder auch eines anderen Normteils dazu, dass eine der beiden Bestimmungen unanwendbar ... wird, so ist diese Auslegung systematisch nicht anzunehmen.» KRAMER, Methodenlehre, S. 113 f. Dazu, dass Art. 9 Abs. 1 UWG auch dann noch einen Anwendungsbereich hat, wenn man annimmt, Verträge, die gegen Art. 8 UWG verstossen, seien ex lege unwirksam, hinten N 58.

49 Vgl. nur BGE 129 III 320 Erw. 5.1 S. 324, wonach «Nichtigkeit und Anfechtbarkeit von Rechtsgeschäften in alternativer Konkurrenz stehen können», mit Verweis auf den Aufsatz «Über Doppelwirkungen im Recht, insbesondere über die Konkurrenz von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit» von Theodor Kipp. Vgl. auch KRAMER, Methoden-

Regelt Artikel 9 UWG die Frage nach der vertraglichen Rechtsfolge der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen, ist der entsprechende Vertrag (nur) anfechtbar. Es bleibt deshalb zu prüfen, ob diese Rechtsfolge – oder eine Unwirksamkeit ex lege – dem Zweck der Artikel 8 und 9 UWG (eher) entspricht.

II. Teleologische Einschränkung von Artikel 9 UWG

1. Allgemeines

Eine vollständige teleologische Auslegung verlangt, dass der Zweck des Gesetzes erkannt wird, dass die denkbaren Auslegungsvarianten diesem Zweck gegenübergestellt werden und dass aufgrund – noch zu bestimmender – Kriterien entschieden wird, welche Auslegungsvariante die «Antwort» der teleologischen Auslegung auf die gestellte Rechtsfrage ist.⁵⁰ Vorliegend wird jedoch nur die Frage untersucht, ob Gründe für die Annahme bestehen, dass Artikel 9 UWG für die Regelung der vertraglichen Rechtsfolge der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen nicht «normativ zuständig»⁵¹ ist.

Bestehen dafür ausreichende Gründe, kann man annehmen, es sei nicht Artikel 9 UWG, der die vertragliche Rechtsfolge der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen regelt. Es würde also Artikel 9 UWG – der nach Wortlaut und Systematik des Gesetzes normativ zuständig wäre – nicht angewendet.⁵² Das wird als teleologische Reduktion oder teleologische Restriktion bezeichnet. Teilweise werden diese Begriffe so voneinander abgegrenzt, dass

lehre, S. 177: «Als begriffsjuristisch abzulehnen wäre auch die Auffassung, dass nichtige Verträge nicht gleichzeitig (etwa wegen Willensmängeln) angefochten werden oder auch nicht Gegenstand eines aus konsumentenschutzpolitischen Gründen eingeführten gesetzlichen Widerrufsrechts sein könnten.» Zur Bedeutung der Begriffsjurisprudenz und von Konstruktionen aber hinten N 211.

50 Vgl. hinten N 398 ff. und hinten N 403 ff.

51 Der Begriff der «normative[n] Zuständigkeit» (des Art. 32 KKG) bei GIGER, Konsumkredit, Teil II N 665, unter dem Titel «[s]achlicher Geltungsbereich».

52 Ob man eine Einschränkung der «normativen Zuständigkeit» annimmt oder ob man trotz Erfüllens des Tatbestandes die Rechtsfolge nicht eintreten lässt, ist nicht nur im Ergebnis, sondern oft auch in der Begründung das Gleiche, da es regelmässig um die Frage geht, ob die von der Norm vorgesehene Rechtsfolge «passt». Vgl. für ein Beispiel KRAMER, BeKomm, Art. 19–20 OR N 323, mit Verweis auf BGE 60 II 313. Das Bundesgericht nahm an, der dort relevante Vertrag sei nicht widerrechtlich, der Tatbestand des Art. 20 Abs. 1 OR also nicht erfüllt. Mit dem Argument, die von Art. 20 Abs. 1 OR vorgesehene Rechtsfolge der Nichtigkeit entspreche nicht dem Zweck der verletzten Norm (was in diesem Zusammenhang regelmässig geprüft wird, vgl. hinten Fn. 335 und hinten Fn. 456), wäre man aber zum gleichen Ergebnis gekommen; KRAMER (ebenda) bezeichnet die Annahme des Bundesgerichts als «unnötige begriffliche Konstruktion».

das eine Auslegung, das andere Lückenfüllung ist.⁵³ Die Frage, ob die im Folgenden vorzunehmende Rechtsfindung Auslegung oder Lückenfüllung ist – und was allenfalls die Unterschiede sind –, ist jedoch noch gesondert zu untersuchen.⁵⁴ Deshalb wird hier einmal der Begriff der «teleologischen Einschränkung» verwendet.

2. Begründung der Einschränkung

a. Artikel 8 UWG als Sonderfall im UWG

27 «In der Lehre wird die Verortung der AGB-Inhaltskontrolle im UWG ganz überwiegend kritisch gesehen»; «die Frage der systematischen Zugehörigkeit der AGB-Inhaltskontrolle zum Vertrags- oder Wettbewerbsrecht [ist] weder eine rein theoretische noch eine rein ästhetische Frage». Möglich ist, dass man «[d]ie nur formale Zuordnung zum UWG und [den] materielle[n] Charakter [von Artikel 8 UWG] zum Anlass [nimmt], den lauterkeitsrechtlichen Sanktionen auch vertragsrechtliche – insbesondere die Nichtigkeit des Vertrags nach Art. 20 OR – zur Seite zu stellen. Wer diesem Ansatz folgt, verleiht Art. 8 UWG sowohl wettbewerbsrechtliche als auch vertragsrechtliche Relevanz.»⁵⁵

28 Im Folgenden ist genau diese Frage zu untersuchen, also die Frage, ob Artikel 8 UWG «auch vertragsrechtliche Relevanz» zukomme. Nach dem Ausgeführten scheint Artikel 9 UWG normativ zuständig dafür zu sein, die Rechtsfolge der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen zu regeln. Die Frage ist also zunächst nicht, ob neben Artikel 9 UWG *auch* noch andere Normen zuständig sind, sondern, ob Artikel 9 UWG *nicht* zuständig ist; denn sollte Artikel 9 UWG normativ zuständig sein, dürfte er (als *lex specialis*)⁵⁶ andere Rechtsnormen und -folgen eher ausschliessen.

b. Handlungen und Verträge

29 Die Tatbestände, die von den Artikeln 2-7 UWG erfasst werden, sind (unlautere) Handlungen⁵⁷ oder durch (unlautere) Handlungen geschaffene tatsächliche

53 Vgl. hinten N 67 ff.

54 Dazu hinten N 85 ff.

55 Zum Ganzen HEISS, Art. 8 UWG N 43, N 50.

56 Nach KOLLER A., N 13.16, ist Artikel 20 OR *nur* eine «lex generalis»; bei Nichtzuständigkeit des Art. 9 UWG wäre Art. 20 OR aber wohl *immerhin* «lex generalis» (im Sinne eines allgemeinen negativen Satzes [dazu hinten Fn. 762]); zur normativen Zuständigkeit des Art. 20 OR aber hinten N 263 ff.

57 Vgl. nur Artikel 2 UWG («Verhalten oder Geschäftsgebaren») und die einzelnen Tatbestände («Unlauter handelt ...»).

Zustände.⁵⁸ Der «äussere»⁵⁹ Bestand eines unzulässigen Vertrags ist aber nicht eine tatsächliche Situation, sondern eine Rechtslage (oder, wenn man annimmt, der Vertrag sei nichtig, immerhin eine vermeintliche Rechtslage).⁶⁰

Handlungen können verboten werden (Artikel 9 Absatz 1 litera a UWG);³⁰ Zustände, die sich aus diesen Handlungen ergeben, können beseitigt werden (litera b). Um eine drohende Handlung oder einen bestehenden Zustand zu «bereinigen» (zu verbieten beziehungsweise zu beseitigen), ist wiederum ein tatsächliches Handeln nötig.⁶¹ Ein Vertrag hingegen ist lediglich eine Rechtslage. Die Beseitigung einer vermeintlichen oder – unter Annahme der Anfechtbarkeit des Vertrages – wirklichen Rechtslage erfordert weder ein Handeln durch eine der Vertragsparteien noch durch einen Dritten (namentlich einen Richter). Vielmehr ist es möglich, dass zwischen den Parteien diejenigen

58 Vgl. Art. 9 Abs. 2 lit. b UWG. Eine Ausnahme ist zum Beispiel Art. 3 Abs. 1 lit. m UWG (soweit er wie Art. 8 UWG den abgeschlossenen Vertrag betrifft),

59 Mit dem *äusseren* Bestand ist hier gemeint, dass der Vertrag (im Sinne von Art. 1 Abs. 1 OR) geschlossen wurde, aber möglicherweise (namentlich gerade wegen Art. 20 Abs. 1 OR) keine Rechtswirkung hat, also möglicherweise nur vermeintlich ein Vertrag ist (vgl. dazu auch BUCHER, Subjektives Recht, S. 71, nach dem es «genau genommen» keine nichtigen Verträge gibt). Wie es sich damit verhält, ist aber erst zu prüfen. Man könnte wohl auch von einem «formellen» Vertrag sprechen, weil die «formellen» Voraussetzungen des Entstehens eines Vertrages – hier Antrag und Annahme – erfüllt sind. Die Einteilung gewisser rechtlicher «Erscheinungen» in materielle und formelle (Verfassung, Gesetze, Enteignung, Wahrheit) findet aber üblicherweise dort statt, wo jeweils beide eine Art dieser Erscheinung bezeichnen. Das ist hier nicht der Fall, denn der Vertrag, der nur äusserlich Bestand hat, ist möglicherweise eben überhaupt kein Vertrag (oder jedenfalls nicht, soweit er gegen Art. 8 UWG verstösst). Nach CANARIS, Lücken, S. 15 § 1, ist dafür, dass «ein Rechtsbegriff sinnvoll und brauchbar [ist], ... regelmässig zweierlei zu beachten: der allgemeine Sprachgebrauch zum einen und seine besondere juristische Aufgabe zum anderen». Diese Anforderungen dürften immerhin beide Begriffe erfüllen. Im Übrigen geht es vorliegend nicht um die Bildung eines Begriffs, der allgemeine Gültigkeit beansprucht, sondern nur um die Bildung eines Begriffs, der das hier zu Untersuchende beschreibt, nämlich einen Vertrag, dessen Bestand, Wirksamkeit und «Schicksal» eben erst zu klären ist.

60 Den Unterschied zwischen Art. 8 UWG einerseits und den Art. 2-7 UWG andererseits erwähnt HEISS, Art. 8 UWG N 244 und Fn. 726: «Die Verwendung von AGB wird überhaupt nur deswegen zum unlauteren Verhalten, weil der Inhalt der AGB missbräuchlich ist. Insofern unterscheidet sich Art. 8 von Art. 3-7.» Zwar ist auch das «Verwenden» allgemeiner Geschäftsbedingungen eine Handlung, ebenso die Abgabe einer «Willensäusserung» (Art. 1 Abs. 1 OR). «Bereinigt» werden sollen aber nicht diese Tatsachen oder ihre tatsächlichen Auswirkungen, sondern bereinigt werden soll ihre rechtliche Wirkung (wobei diese rechtliche Wirkung nach Art. 1 Abs. 1 OR eben der [allenfalls vermeintliche] Bestand eines Vertrages ist).

61 Zum Beispiel muss ein Werbeplakat, das gegen Art. 3 Abs. 1 lit. a oder c UWG verstösst, abgehängt werden. Auch das Verboten ist ein tatsächliches Handeln, nämlich der Erlass einer entsprechenden Anordnung durch den Richter. Dass das daraus sich ergebende «Verbot» weniger eine Tatsache als eine Rechtslage ist, ändert daran nichts.

Rechte und Pflichten bestehen, die sie vereinbarten, oder dass eben ex lege ihr Vertrag unwirksam ist, er also nicht die von ihnen angestrebten Rechte und Pflichten bewirkt.⁶²

- 31 Die Tatbestände der Artikel 2-7 UWG – für deren Erfüllung die Rechtsfolge des Artikels 9 UWG hier nicht infrage gestellt werden soll – und der äussere Bestand eines Vertrages (was einer von mehreren Tatbeständen ist, die Artikel 8 UWG erfasst)⁶³ sind also unterschiedlich. Deshalb stellt sich die Frage, ob es berechtigt ist, dass für diese unterschiedlichen Tatbestände die gleiche Rechtsfolge gilt. Denn es ist – zwar nicht hinreichende, aber notwendige – Voraussetzung für eine Differenzierung der Rechtsfolgen, dass unterschiedliche Tatbestände vorliegen.⁶⁴ Ob diese Verschieden-

62 Vgl. zur entsprechenden Unterscheidung zwischen Art. 27 und 28 ZGB BUCHER, ORAT, S. 240 (Herv. wegg.): «Es handelt sich indessen bei ZGB 27 um eine rein vertragsrechtliche Vorschrift, die nur innerhalb vertraglicher Bindungen, [das heisst] auf normativer Ebene, wirksam wird, während der Persönlichkeitsschutz [im engeren Sinne] von ZGB 28, in Anlehnung an sachen- und deliktsrechtliche Mechanismen, Schutz vor faktischer Beeinträchtigung gewährt.» Dass der Gesetzgeber hier – anders als bei Art. 9 UWG – ausdrücklich zwei verschiedene Normen vorsah und nun mit Artikel 28a ZGB auch spezifisch für Artikel 28 «Klagerechte» vorsieht, ändert nichts daran, dass auch im UWG tatsächliche und rechtliche Verletzungen der gesetzlichen Ordnung denkbar sind. Ob diese *analog* der Regelung bei Art. 27 und 28 ZGB unterschiedliche Rechtsfolgen nach sich ziehen oder *e contrario* im UWG eine Differenzierung (mangels differenzierender «Rechtsfolge-Normen») gerade ausgeschlossen ist, bleibt allerdings zu untersuchen (hinten N 33 ff.).

63 So könnte Art. 8 UWG das Veröffentlichen allgemeiner Geschäftsbedingungen auf einer Website (das eine *invitatio ad offerendum* darstellen dürfte) erfassen, also «rein» tatsächliche Handlungen. Für diese wäre die Rechtsfolge von Art. 9 UWG nötig, da es sich eben nicht um eine Rechtslage handelt, die zu «bereinigen» ist. Ob Art. 8 UWG solches Verhalten erfasst – es hängt wohl vom Verständnis des Begriffs «Verwenden» ab –, ist hier nicht zu untersuchen.

64 Vgl. BGE 121 III 219 Erw. 1. d. cc S. 232 am Ende: «Damit sind die Voraussetzungen gegeben, ... das Versehen des Gesetzgebers, zwei materiell verschiedene Sachverhalte gleich zu behandeln, so zu korrigieren, dass die Regelung für beide Fälle praktikabel ist.» Vgl. im Zusammenhang mit der Frage nach der Zulässigkeit der teleologischen Reduktion HONSELL, BaKomm, Art. 1 ZGB N 17: «Stets geht es nur darum, dass der Wortlaut mit der *ratio legis* nicht in Einklang steht, einmal ist er zu weit, das andere Mal zu eng.» Notwendig ist also, dass es sich um einen anderen «Fall» handelt. Dabei wiederum geht es um die Frage, ob aufgrund des Gebots der Ungleichbehandlung von Ungleichem eine von Wortlaut und Systematik nahegelegte Auslegung abzulehnen ist, dazu LARENZ/CANARIS, S. 237: «Die Natur der Sache ist von grosser Bedeutung im Zusammenhang mit der Forderung der Gerechtigkeit, Gleiches gleich, Ungleiches ungleich zu behandeln; sie verlangt vom Gesetzgeber und gegebenenfalls vom Richter, sachgemäss zu differenzieren.» Vgl. auch HÜRLIMANN-KAUP/SCHMID, Einleitungsartikel, N 185 am Ende. Zur Einschränkung des Umfangs eines Verweises nicht aufgrund (wie hier) «faktischer», sondern normativer Unterschiede vgl. BGE 132 III 470 Erw. 3.3 S. 474 f.

heit⁶⁵ genügt, um – entgegen dem, was Wortlaut und Systematik des Gesetzes nahelegen – für die vertragliche Rechtsfolge der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen eine andere Rechtsfolge anzunehmen als die, die Artikel 9 UWG vorsieht, ist im Folgenden zu untersuchen.

c. Verweisung von Artikel 9 Absatz 3 UWG

Gemäss Artikel 9 UWG kann, «[w]er durch unlauteren Wettbewerb in seiner Kundschaft, seinem Kredit oder beruflichen Ansehen, in seinem Geschäftsbetrieb oder sonst in seinen wirtschaftlichen Interessen bedroht oder verletzt wird» (Absatz 1) «nach Massgabe des Obligationenrechts auf Schadenersatz und Genugtuung sowie auf Herausgabe eines Gewinnes entsprechend den Bestimmungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag klagen» (Absatz 3). Aus Artikel 9 Absatz 3 UWG ergibt sich also, dass Artikel 9 UWG nicht bezweckt, andere Rechtsnormen (über die Rechtsfolgen einer Rechtsverletzung) zu ersetzen, sondern dass Artikel 9 Absatz 1 UWG neben solche anderen Normen tritt.⁶⁶

65 Differenzierend zur Verschiedenheit der erfassten Tatbestände aber JUNG, SHK, Einleitung N 15: «Im Vertikalverhältnis zielt das wettbewerbsrelevante Verhalten in den meisten Fällen unmittelbar oder mittelbar auf den Abschluss eines auf die Leistungserbringung gegen Entgelt gerichteten Vertrags. Ein Teil der lauterkeitsrechtlichen Regelungen verlangt sogar einen unmittelbaren Bezug zu einem (Veräusserungs-) Vertrag». Danach handelt es sich bei Art. 8 UWG also nicht um einen «Einzelfall», der eine (von Art. 9 UWG) abweichende Rechtsfolge rechtfertigen würde. Es mag sein, dass es neben Art. 8 UWG weitere UWG-Normen gibt, die (nicht nur Handlungen und tatsächliche Zustände [zum Beispiel «Anbieten» nach Art. 3 Abs. 1 lit. f UWG], sondern auch) einen (zumindest vermeintlichen) Bestand eines daraufhin geschlossenen Vertrages erfassen. Das führt aber nicht zwingend dazu, dass diese Unterschiedlichkeit unbeachtlich wäre, sondern höchstens dazu, dass auch für diese Fälle die von Art. 9 UWG vorgesehene Rechtsfolge nicht «passt» (ähnlich zu Art. 5 KG vgl. hinten N 35 ff., vgl. auch hinten N 288). Dass es in diesen anderen Fällen berechtigt ist, bei der Frage nach der Wirksamkeit eines Vertrags «Überlegungen des Bestandesschutzes» (JUNG, a.a.O.) und weitere Interessenabwägungen zu berücksichtigen, mag zutreffen, ist aber hier nicht weiter zu untersuchen. Jedenfalls für Art. 8 UWG dürften solche ohne grosse Bedeutung sein oder jedenfalls nicht stärker als beispielsweise bei Art. 20 Abs. 1 OR, der solche Interessen auch grundsätzlich ausser Acht lässt (was als Wertungsscheid des Gesetzgebers zu beachten ist). Aber wiederum JUNG, Inhaltskontrolle, S. 160: «Die Rechtsfolge einer von Amtes wegen zu berücksichtigenden Teilnichtigkeit ist jedoch untypisch für das UWG, das sich ansonsten vor allem mit dem Zustandekommen von Verträgen befasst und die Wirksamkeit von Verträgen, die auf einem unlauteren Verhalten beruhen, unangetastet lässt.»

66 Dass gerade Art. 20 OR in Art. 9 Abs. 3 UWG nicht erwähnt wird, ändert daran nichts. Ebenso wird Art. 62 OR nicht erwähnt, der aber unbestrittenermassen ebenfalls zur Anwendung gelangen kann (dazu DOMEJ, Art. 9 UWG N 40 am Ende und N 98; RÜETSCHI/ROTH/FRICK, Art. 9 UWG N 76).

d. Artikel 28a ZGB

- 33 Es gibt also Rechtsverletzungen, die durch tatsächliche Handlungen geschaffen werden oder in Zuständen bestehen (die wiederum durch tatsächliche Handlungen geschaffen wurden); und Rechtsverletzungen, die in (zumindest vermeintlichen) vertraglichen Bindungen bestehen. Die beiden Möglichkeiten bestehen auch im Persönlichkeitsrecht. So regelt Artikel 27 ZGB, was vertraglich zulässig ist, und Artikel 28 ZGB, was ausserhalb von Verträgen zulässig ist. Im Rahmen einer Revision des ZGB entschied sich der Gesetzgeber, mit Artikel 28a ZGB Regeln aufzustellen, mit denen der Verletzte oder Gefährdete sich gegen Verletzungen des Artikels 28 ZGB zur Wehr setzen kann;⁶⁷ die Verletzung durch Verträge wurde durch diese Revision nicht erfasst, ist also nicht mit den Mitteln des Artikels 28a ZGB zu beseitigen.⁶⁸
- 34 Der Gesetzgeber geht also beim (allgemeinen) Persönlichkeitsschutz davon aus, dass die Unterschiedlichkeit der zu regelnden Probleme – Tatsächliches einerseits, (vermeintliche) vertragliche Bindungen andererseits – auch zu unterschiedlichen Regeln führen soll. Die Annahme, ein Vertrag, der gegen Artikel 8 UWG verstösst, sei lediglich anfechtbar, steht damit in einem Wertungswiderspruch zu Artikel 28a ZGB.⁶⁹ Gründe für die Annahme, dass der Gesetzgeber nur gerade für das Persönlichkeitsrecht eine solche Differenzierung wollte, für andere Gesetze eine solche aber (damit) ausschliessen wollte – man also (im Falle einer Lückenfüllung) ein qualifiziertes Schweigen annehmen müsste –, sind nicht ersichtlich.

67 Wie bei Art. 9 UWG (dazu hinten N 37) handelt es sich auch bei den «Klagen» nach Art. 28a ZGB um materiell-rechtliche Ansprüche (TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO, § 11 N 23).

68 Vgl. nur die BOTSCHAFT ZGB PERSÖNLICHKEITSSCHUTZ, S. 654: «Auch Artikel 27 soll nicht in die Revision einbezogen werden, obwohl auch er ein Element des Persönlichkeitsschutzes im weiteren Sinne enthält. Diese Bestimmung will verhindern, dass sich eine Person beim Abschluss von Verträgen übermässig bindet und dadurch ihre Freiheit zu sehr einschränkt. Die Vorschrift bezieht sich somit auf ganz andere Tatbestände als die, welche durch die Revision erfasst werden sollen.»

69 Ob eine unterschiedliche Regelung bereits aufgrund der «Natur der Sache» nötig ist (dazu vorn Fn. 64, mit Verweis auf LARENZ/CANARIS, S. 237), ist also gar nicht entscheidend, denn der Gesetzgeber hat zumindest bei Artikel 28a ZGB diesen Unterschied als rechtserheblich erachtet.

e. Artikel 5 KG

Artikel 5 KG regelt «[u]nzulässige Wettbewerbsabreden». Artikel 12 Absatz 1 litera a KG sieht ähnlich wie Artikel 9 Absatz 1 UWG Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche vor. Artikel 13 litera a KG wiederum sieht vor: «Zur Durchsetzung des Beseitigungs- und Unterlassungsanspruchs kann das Gericht auf Antrag des Klägers namentlich anordnen, dass Verträge ganz oder teilweise ungültig sind.» Die Lehre ging gestützt darauf teilweise davon aus, dass Verträge, die Artikel 5 KG verletzen, anfechtbar seien; das Bundesgericht stützte diese Annahme aber nicht und führte aus, ein solcher Vertrag sei nichtig.⁷⁰

Die Annahme, ein Vertrag, der gegen Artikel 8 UWG verstösst, sei lediglich anfechtbar, steht damit auch in einem Wertungswiderspruch zu Artikel 5 und 12 f. KG (oder jedenfalls zum bundesgerichtlichen Verständnis dieser Normen).⁷¹ Dabei spricht der Wortlaut des KG sogar noch klarer für die Anfechtbarkeit als der von Artikel 9 ff. UWG.

f. Verbesserung der Rechtsdurchsetzung

«Die Klagen gemäss Artikel 9 stehen ebenso den Kunden zu, die durch unlauteren Wettbewerb in ihren wirtschaftlichen Interessen bedroht oder verletzt sind.»⁷² Artikel 10 Absatz 1 UWG soll klarstellen, dass auch Kunden zur Klage berechtigt sind (sprich: die aufgeführten Ansprüche haben, denn es handelt sich um materiell-rechtliche Regeln)⁷³, da unklar ist, ob sich deren Ansprüche bereits aus Artikel 9 Absatz 1 UWG ergeben.⁷⁴

70 BGE 134 III 438 Erw. 2.2 am Ende S. 442; in Erw. 3.3 weist das Bundesgericht darauf hin, dass es keine Rolle spielt, ob der Vertrag eine Verletzung von Art. 5 KG darstellt. Insofern handelt es sich bei Erw. 2.2 um ein obiter dictum (vgl. dazu JACOBS, S. 576, insbesondere Fn. 5). Die Frage, ob ein solches mehr oder weniger verbindlich ist als «tragende» Ausführungen des Bundesgerichts – und wie verbindlich solche sind –, kann hier nicht beantwortet werden. Blosser Anfechtbarkeit mag für «Folgeverträge» gerechtfertigt sein (dazu, wenn auch ablehnend, JACOBS/GIGER, Art. 13 KG N 5); VISCHER, AGB-Kontrolle, S. 974, weist jedoch darauf hin, dass es sich «bei Art. 8 UWG verletzen den AGB nicht um einen «Folgevertrag» im lauterkeits- oder kartellrechtlichen Sinne handelt, sondern um einen «Vertrag», der unlauteres Verhalten unmittelbar umsetzt, was zur Nichtigkeit des «Vertrags» führt».

71 Ob hingegen «Folgeverträge» nur anfechtbar sind, ist eine andere Frage; dazu JACOBS/GIGER, Art. 13 KG N 4 f. Dass kartellrechtswidrige Verträge regelmässig (zumindest auch) Drittinteressen verletzen und *deshalb* ihre Wirksamkeit nicht den Parteien überlassen werden darf, ändert nichts. Dasselbe gilt nämlich auch für Art. 8 UWG, mit dem ebenfalls öffentliche Interessen verfolgt werden (dazu hinten Fn. 108).

72 Art. 10 Abs. 1 UWG.

73 DOMEJ, Vor Art. 9-13a UWG N 1.

74 Vgl. schon vorn Fn. 32; DOMEJ, Art. 9 UWG N 3 f., Art. 10 UWG N 1 und N 5; JUNG/SPITZ, Art. 10 UWG N 7.

- 38 «Bezüglich der Erweiterung der Legitimation zur Zivil- oder Strafklage erachtete die Kommission einen Ausbau der den Kunden gewährten Klage- und Antragsrechte als notwendig. Damit sollte nicht nur die Rechtsdurchsetzung verbessert, sondern auch der Stellung der Konsumenten im Wettbewerbsgeschehen besser Rechnung getragen werden. Die Kommission vertrat deshalb die Auffassung, das Klagerecht nach Artikel 2 Absatz 2 UWG sei nicht nur bei Schädigung der wirtschaftlichen Interessen des Kunden, sondern schon bei deren Gefährdung zu gewähren.»⁷⁵ Der Bundesrat – er gibt die Ansicht der von ihm eingesetzten Kommission ohne Kritik wieder und nahm auch deren Vorschläge in seinen Entwurf auf – wollte mit dem UWG-1986 also die Rechtsdurchsetzung verbessern. Auch anlässlich der Revision des UWG, die zum geltenden Artikel 8 führte, erwähnte er wiederholt das Ziel, die Rechtsdurchsetzung zu verbessern, wobei dafür die Klagerechte mit Artikel 10 Absätze 2 und 3 verbessert werden sollten.⁷⁶
- 39 Die Annahme, ein Vertrag, der gegen Artikel 8 UWG verstösst, sei lediglich anfechtbar, verschlechtert die Rechtsdurchsetzung, statt sie zu verbessern.⁷⁷ Es ist deshalb eher nicht anzunehmen, dass der Gesetzgeber mit den Artikeln 9 und 10 Absatz 1 UWG und der Platzierung der AGB-Kontrolle im UWG eine Rechtslage schaffen wollte, die für den Konsumenten schlechter ist, als sie nach allgemeinen Regeln wäre: Nicht nur Artikel 20 Absatz 1 OR, sondern auch die – mit der «offenen AGB-Kontrolle» nach Artikel 8 UWG eng zusammenhängende und sich wohl vielfach überschneidende – Kontrollmöglichkeit der Ungewöhnlichkeitsregel⁷⁸ führt zur Unwirksamkeit ex lege des ihr widersprechenden Vertrages.

75 BOTSCHAFT UWG 1983, S. 1028.

76 BOTSCHAFT UWG 2009, S. 6152 f., S. 6160, S. 6162.

77 Vgl. BELSER, Freiheit, S. 404: «Die benachteiligte Partei wird durch diese Rechtsfolge [Nichtigkeit, die von Amtes wegen zu beachten ist] von der Notwendigkeit befreit, eine lauterkeitsrechtliche Gestaltungs- oder Ungültigkeitsklage auf Ungültigerklärung der missbräuchlichen Klausel zu erheben», mit Verweis auf GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (7. Auflage 1998), wonach es «[f]ür einen betroffenen Konsumenten ... im Blick auf Art. [97] BV ohnehin unzumutbar [wäre], auf Ungültigerklärung klagen zu müssen».

78 Dass diese nicht eine Schranke der Vertragsfreiheit ist, sondern eine Regel über den Konsens, ändert nichts daran, dass die Annahme der Anfechtbarkeit von Verträgen, die Art. 8 UWG verletzen, diesem «Instrument» der AGB-Kontrolle (was die Rechtsfolge angeht) widerspricht. Vgl. zur Ungewöhnlichkeitsregel ZELLWEGER-GUTKNECHT/BUCHER, Art. 1 OR N 58 ff. und hinten N 55 ff.

g. Artikel 20, 21 und 31 OR

Während Artikel 20 Absatz 1 OR als Rechtsfolge Nichtigkeit vorsieht, sehen die Artikel 21 und 31 für die von ihnen erfassten Verträge lediglich Anfechtbarkeit⁷⁹ vor.⁸⁰

Die Artikel 20, 21 und 31 ordnen für die von ihnen erfassten Tatbestände also unterschiedliche Rechtsfolgen an. Es fragt sich, ob im Sinne einer teleologisch-systematischen⁸¹ Rechtsfindung die von diesen Normen angeordnete, relativ klare Rechtsfolgeanordnung für die Auslegung der weniger klaren Rechtsfolgeanordnung von Artikel 8 und 9 UWG zu berücksichtigen ist (und vor

79 Nach der für die Art. 21 und 31 OR vertretenen «Ungültigkeitstheorie» ist der Vertrag von Beginn weg unwirksam, wird aber durch «Nicht-Anfechtung» wirksam; nach der ebenfalls vertretenen «Anfechtbarkeitstheorie» ist er zunächst wirksam, wird aber durch die Anfechtung unwirksam (und zwar rückwirkend [ex tunc]) (HUGUENIN/MEISE, Art. 21 OR N 15; SCHWENZER, BaKomm, Art. 31 OR N 15). Das Bundesgericht geht davon aus, dass jedenfalls für Art. 31 OR die «Ungültigkeitstheorie» gilt (BGE 114 II 131 Erw. 3. b S. 143). Vgl. auch (kritisch) SCHMIDLIN, S. 120 ff. Dennoch wird im Folgenden für die Art. 21 und 31 OR schlicht der Begriff «Anfechtbarkeit» verwendet. Denn so oder anders ist der Vertrag bei den Art. 19 f. OR ohne irgendeine «Gestaltungshandlung» unwirksam, bei Art. 31 OR ohne Anfechtung aber jedenfalls nicht «nachhaltig» unwirksam. Und hier kommt es allein darauf an. Zum Gebrauch der Terminologie vgl. BGE 129 III 320: In Erw. 5.1 S. 323 wird als Rechtsfolge des Grundlagenirrtums Unverbindlichkeit erwähnt; im darauffolgenden Absatz (S. 324) «Nichtigkeit und Anfechtbarkeit» und im darauffolgenden Satz «... die Rechtsfolgen der Nichtigkeit und der durch Anfechtung bewirkten Unverbindlichkeit eines Vertrags».

80 Ein Vertrag, der gegen Art. 20 Abs. 1 OR verstösst, ist nichtig (vgl. nur den Wortlaut). Bei den Art. 21 ff. OR ist die Terminologie des Gesetzes nicht ganz einheitlich. Bei einem Vertrag, der gegen Art. 21 OR verstösst, «kann der Verletzte innerhalb Jahresfrist erklären, dass er den Vertrag nicht halte». «Der Vertrag ist für denjenigen unverbindlich, der sich beim Abschluss in einem wesentlichen Irrtum befunden hat» (Art. 23 OR). «Ist ein Vertragschliessender durch absichtliche Täuschung seitens des andern zu dem Vertragsabschlusse verleitet worden, so ist der Vertrag für ihn auch dann nicht verbindlich, wenn der erregte Irrtum kein wesentlicher war» (Art. 28 Abs. 1 OR). «Ist ein Vertragschliessender von dem anderen oder von einem Dritten widerrechtlich durch Erregung begründeter Furcht zur Eingehung eines Vertrages bestimmt worden, so ist der Vertrag für den Bedrohten unverbindlich» (Art. 29 Abs. 1 OR). «Wenn der durch Irrtum, Täuschung oder Furcht beeinflusste Teil binnen Jahresfrist weder dem anderen eröffnet, dass er den Vertrag nicht halte, noch eine schon erfolgte Leistung zurückfordert, so gilt der Vertrag als genehmigt» (Art. 31 Abs. 1 OR).

81 Systematisch, da es um die Berücksichtigung anderer Normen und die Frage nach ihrer Bedeutung für Art. 8 und 9 UWG geht; teleologisch, weil die Frage, ob die Anordnungen der Art. 20, 21 und 31 OR dafür relevant sind, davon abhängt, welche Zwecke diese Normen verfolgen und welchen Zweck im Vergleich dazu Art. 8 UWG verfolgt. Dazu BYDLINSKI, Methodenlehre, S. 454: «Unter den überhaupt in Betracht kommenden Wert- und Zweckvorstellungen ist danach zu forschen, welche von ihnen bereits anderen, sachlich zusammenhängenden Normen derselben Rechtsordnung zugrunde liegen. Sie sind im Zweifel auch für die gerade angewendete Norm massgeblich.»

allem was sich daraus ergibt).⁸² Dazu kann untersucht werden, welche Gründe dazu führten, dass in einem Fall Unwirksamkeit ex lege, im anderen Fall Anfechtbarkeit vorgesehen wurde; daraufhin kann untersucht werden, welche dieser Gründe bei Artikel 8 UWG ebenfalls vorliegen. Je nachdem, welche das sind, spricht das eher dafür, Artikel 8 und 9 UWG so auszulegen, dass sie dem Artikel 20 Absatz 1 OR oder dann den Artikeln 21 und 31 OR entsprechen.

aa. Wissen(-Können/-Müssen) des «Unwirksamkeits-Gegners»

- 42 Liegt bei einer Partei ein Irrtum vor, ist das für die andere Partei regelmässig nicht erkennbar.⁸³ Der «Irrtums-Gegner» ist also durch einen Vertrag gebunden, bei dem er nicht weiss, dass dieser vom anderen einseitig «aufgehoben» werden kann; er hat auch kaum eine (zumutbare) Möglichkeit, das zu erfahren. Es besteht also ein Interesse des «Irrtums-Gegners», dass der Vertrag überhaupt gilt und dass jedenfalls er sich nicht nach langer Zeit noch gefallen lassen muss, dass der Irrende den Vertrag nicht halte. Dieses Interesse ist mit dem Interesse des Irrenden, an eine nicht gewollte Erklärung nicht gebunden zu sein, abzuwägen. Der Gesetzgeber hat sich dabei dafür entschieden, dass die Bindung zwar beseitigt werden kann, dass aber der Vertrag nicht ex lege unwirksam sei, sondern dass der Irrende seinem Vertragspartner dies zu erklären hat (und so Rechtssicherheit zu schaffen hat); und dafür, dass der Irrende den Vorrang, der seinem Interesse gegenüber dem des anderen eingeräumt wird, verwirken⁸⁴ kann.
- 43 Ein solches Interesse des Anfechtungs-Gegners – des AGB-Verwenders – liegt bei Artikel 8 UWG nicht vor. Es ist objektiv feststellbar, ob eine «AGB-Klausel» gegen Artikel 8 UWG verstösst.⁸⁵ Zwar wird darauf hingewiesen, dass zumindest eine «erweiterte Unwirksamkeit» dann unangemessen ist, wenn

82 Vergleiche auch das bereits erwähnte Votum BÜRGI, AB-SR 2010 III (Herbstsession), S. 937: «Wenn der Tatbestand des unlauteren Wettbewerbs gegeben ist, führt das nicht automatisch zur Nichtigkeit des Vertrages, sondern dann stehen neben den Rechtsbehelfen des UWG eben insbesondere die Artikel 23 bis 31 OR zur Verfügung.»

83 Erforderlich ist nur, dass «nach allgemeiner Verkehrsanschauung ... ein Gebundensein an die nicht gewollte Erklärung als unzumutbar erscheint» (SCHWENZER, BaKomm, Art. 23 OR N 4). Der Irrtum muss wesentlich sein (Art. 24 OR N 9 und N 20), es muss also «die Bedeutung des irrtümlich vorgestellten Sachverhalts für den Vertragspartner des Irrenden erkennbar sein» (Art. 24 N 23). Für den «Irrtums-Gegner» muss also die *Bedeutung* dieses Sachverhalts für den Irrenden erkennbar (gewesen) sein, nicht aber, dass der Irrende sich (über diesen Sachverhalt) *irrte*.

84 SCHWENZER, BaKomm, Art. 31 OR N 11.

85 Daran ändert auch das Tatbestandsmerkmal «in Treu und Glauben verletzender Weise» nichts, denn es geht dabei weder um den Willen oder das Wissen – und damit um innere Sachverhalte – des AGB-Verwenders noch des Konsumenten; vgl. dazu die Konkretisierung dieses Tatbestandsmerkmals bei THOUVENIN, Art. 8 UWG N 100 ff., insbesondere N 110–113.

die Unzulässigkeit der AGB-Klausel im Zeitpunkt ihres Abschlusses nicht erkennbar war und eine solche erst durch eine spätere Rechtsprechung begründet wurde.⁸⁶ Darauf, dass die Rechtslage – also die Widerrechtlichkeit des Vertrages – für den AGB-Verwender (und auch für den Konsumenten) nicht erkennbar sein mag und er sich *deshalb* in einer mit dem «Irrtums-Gegner» vergleichbaren Situation befindet,⁸⁷ nimmt aber auch Artikel 20 Absatz 1 OR keine Rücksicht.⁸⁸

Aus dem Vergleich der Artikel 20 Absatz 1 und 23 OR könnte man also die gesetzgeberische Wertung ableiten, dass Anfechtbarkeit die Rechtsfolge ist, wenn eine Partei vom Mangel nichts weiss oder wissen kann, dass aber Unwirksamkeit ex lege die Rechtsfolge ist, wenn beide Parteien den Mangel kennen können. Bei Artikel 8 UWG würde dies für Unwirksamkeit ex lege sprechen.

Doch bei der Übervorteilung (Artikel 21 OR) muss «[d]ie Gegenpartei ... die Entscheidungsschwäche des Übervorteilten bewusst ausgenutzt haben, um den Vertrag mit dem inäquivalenten Inhalt abzuschliessen».⁸⁹ «Die Täuschung [nach Artikel 28 Absatz 1 OR] muss absichtlich erfolgen, [das heisst,] der Täuschende muss die Unrichtigkeit des Sachverhalts kennen.»⁹⁰ Und Furchterregung (Artikel 29 Absatz 1 OR) setzt bereits nach seinem Wortlaut voraus, dass der eine Vertragspartner willentlich (und damit regelmässig auch

86 Zum Beispiel bei DEDUAL, S. 254; vgl. auch BASEDOW, § 306 BGB N 18.

87 Nicht nur die Nicht-Kenntnis der (genauen) Schranken der Vertragsfreiheit, also des AGB-Rechts, könnten für den AGB-Verwender – insbesondere bei Annahme einer erweiterten Unwirksamkeit – zu erheblichen Rechtsfolgen führen, sondern auch die Nicht-Kenntnis des Mehrwertsteuerrechts. So musste eine Leasinggeberin nach dem Entscheid des Bundesgerichts vom 13. Juni 2006 im Verfahren 4C.58/2006 den Ganzwegfall hinnehmen, weil sie davon ausging, auf bestimmte Beträge müsse sie keine Mehrwertsteuern einfordern (was dann dazu führte, dass sie den «effektiven Jahreszins» [Art. 33 f. KKG] falsch berechnete und angab). Auch dieses Nichtwissen blieb unbeachtlich.

88 Dass nicht berücksichtigt wird, dass ein Privater das Recht nicht kennt, dürfte ein allgemeiner Grundsatz sein. Vgl. auch BGE 125 I 14 Erw. 3. f. S. 18: «Es gibt zahlreiche Fälle, in denen sich ein Schuldner auf Grund einer unklaren Rechts- oder Sachlage seiner Schuld nicht bewusst ist und deren Bestand oder Umfang auch nicht kennen kann. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn es um neuere Gesetze geht, deren Auslegung und Tragweite mangels gefestigter Praxis noch nicht ohne weiteres klar ist. Damit ist unausweichlich eine gewisse Rechtsunsicherheit verbunden. Das ist keine Besonderheit des Diskriminierungsverbots, sondern gilt in vielen anderen Bereichen gleichermaßen und kann keinen Einfluss auf den Bestand oder die Durchsetzbarkeit einer Forderung haben.» Vgl. schon BECKER, Art. 20 OR N 11: Es «besteht im Gegensatz zu bloss anfechtbaren Rechtshandlungen oder zur bedingten Nichtigkeit kein Schwebeverhältnis, sondern es ist, vom Standpunkt der objektiven Rechtsordnung aus betrachtet, von Anfang an sicher, dass vertragliche Rechtswirkungen nicht eintreten können».

89 HUGUENIN/MEISE, Art. 21 OR N 14.

90 SCHWENZER, BaKomm, Art. 28 OR N 11.

wissentlich) dem andern droht.⁹¹ Der Gesetzgeber sieht auch für diese Fälle, bei denen der «Anfechtungs-Gegner» um den Mangel weiss (und er ihn sogar selber verursacht und verschuldet hat), keine andere Rechtsfolge vor als die Anfechtbarkeit. Das Wissen der vom Willensmangel nicht betroffenen Partei ist also nicht entscheidend für die gesetzgeberische Entscheidung. Artikel 21 OR spricht also gegen die Annahme, dass der Gesetzgeber danach unterscheidet, ob der «Anfechtungs-Gegner» vom Mangel wusste oder nicht. § 138 Absatz 2 BGB andererseits sieht die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts vor, «durch das jemand unter Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der erheblichen Willensschwäche eines anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren lässt, die in einem auffälligen Missverhältnis zu der Leistung stehen». Das würde der hier aus dem Vergleich zwischen den Artikeln 20 Absatz 1 und 23 OR gezogenen Wertung – Relevanz des Wissens oder Wissenkönnens der Gegenpartei – entsprechen.

- 46 Artikel 28 Absatz 2 OR wiederum erlaubt die Anfechtung bei einer «von einem Dritten verübte[n] absichtliche[n] Täuschung» nur, wenn der «Anfechtungs-Gegner» «die Täuschung gekannt hat oder hätte kennen sollen». Und Artikel 29 Absatz 2 OR sieht für Fälle, in denen «die Drohung von einem Dritten ausgegangen» ist, eine Entschädigung vor, «wo es der Billigkeit entspricht».⁹² Das spricht doch wieder für die gesetzgeberische Wertung, dass die Rechtsfolge vom Wissen (oder vom Wissen-Müssen oder -Können) abhängt. Andererseits führt das (zwar relevante) Wissen (oder das Wissen-Müssen oder -Können) des anderen nicht dazu, dass der Vertrag (statt nur anfechtbar) ex lege unwirksam ist; vielmehr führt das Nicht-Wissen (und Nicht-wissen-Müssen und -Können) dazu, dass der Vertrag überhaupt nicht anfechtbar ist (nämlich bei der Täuschung, Artikel 28 Absatz 2 OR), oder es kann doch zu einer Entschädigung führen (nämlich bei der Drohung, Artikel 29 Absatz 2 OR); das entspricht dann wiederum der Regel von Artikel 26 Absatz 1 OR bei Irrtum.

91 SCHWENZER, BaKomm, Art. 29 OR N 5: «Die Drohung kann ausdrücklich oder konkludent» erfolgen. Dass dies ohne Wissen des Drohenden geschehen soll, dürfte jedenfalls praktisch kaum denkbar sein.

92 Auf diese Differenzierung kann hier nicht weiter eingegangen werden. Der Unterscheidung zwischen Art. 28 Abs. 2 und Art. 29 Abs. 2 OR entspricht (wenn auch mit unterschiedlichen Rechtsfolgen) die Unterscheidung zwischen den § 123 Abs. 1 und 2 BGB (stets Anfechtbarkeit bei Drohung; nur Anfechtbarkeit bei Kennen oder Kennen-Müssen bei Täuschung). CANARIS, Systemdenken, S. 55, begründet diese Unterscheidung damit, dass die Prinzipien der Selbstbestimmung, der Selbstverantwortung und des Verkehrs- und Vertrauensschutzes aufgrund der Schwere der Verletzung anders gewichtet werden. Demnach hat diese Unterscheidung mit dem Wissen(-Müssen oder -Können) nichts zu tun.

Es kommt also bei allen Willensmangel-Regeln (auch) auf das Wissen (oder das Wissen-Müssen oder -Können) der Gegenpartei an. Es entscheidet aber nicht zwischen Anfechtbarkeit und Unwirksamkeit ex lege, sondern allenfalls darüber, ob der Vertrag überhaupt anfechtbar ist. 47

bb. Inhalts- und Willensmängel

Die Artikel 19 Absatz 2 und Artikel 20 Absatz 1 OR regeln Inhaltsmängel,⁹³ die Artikel 23 ff. OR hingegen Willensmängel.⁹⁴ Denkbar ist also, dass die Unterscheidung zwischen Anfechtbarkeit und Unwirksamkeit ex lege auf dieser Unterscheidung basiert.⁹⁵ Artikel 21 OR, der ebenfalls (nur) zur Anfechtbarkeit führt, hingegen «basiert auf einer Kombination zwischen einem Inhalts- und einem Willensmangel».⁹⁶ Man könnte also annehmen, dass nach gesetzlicher Wertung Anfechtbarkeit (statt Unwirksamkeit ex lege) die Rechtsfolge ist, wo es mindestens *auch* um einen Willensmangel geht.

Artikel 8 UWG setzt keinen Willensmangel voraus, sondern sieht lediglich objektive Tatbestandsmerkmale vor. Zwar liegt der Grund dafür, dass missbräuchliche Geschäftsbedingungen «verwendet» werden, in einer einem Willensmangel – namentlich der Übervorteilung – ähnlichen Situation.⁹⁷ Deshalb wäre die Annahme möglich, dass Artikel 8 UWG wertungsmässig Artikel 21 OR entspricht, sodass die Rechtsfolge (auch) des Artikels 8 UWG die Anfechtbarkeit des Vertrages ist. 49

93 Die Art. 19 und 20 OR regeln nämlich die Inhaltsfreiheit und ihre Schranken: HUGUENIN/MEISE, Art. 19/20 OR N 12.

94 Vgl. SCHWENZER, BaKomm, Vor Art. 23-31 OR N 1.

95 So kann man BGE 84 II 107 Erw. 4 S. 112f. verstehen: «Dass Art. 20 und Art. 21 OR nicht die gleichen Rechtsfolgen vorsehen, hat seinen Grund in der Verschiedenheit der dem Verträge anhaftenden Mängel. ... Im Falle des Art. 21 OR ist der Vertrag ... unter dem Einfluss eines mangelhaften Willens zustande gekommen ... Daher stellt das Gesetz es ins Belieben der übervorteilten Partei, sich vom Verträge vollständig loszusagen.» Der Entscheid stellt aber (zumindest auch) darauf ab, dass es im einen Fall um öffentliche Interessen geht; dazu hinten Fn. 100; vgl. auch hinten Fn. 302 und hinten Fn. 335.

96 HUGUENIN/MEISE, Art. 21 OR N 1. Das mag auch erklären, warum § 138 BGB Unwirksamkeit ex lege vorsieht, Art. 21 OR hingegen Anfechtbarkeit.

97 Vgl. HEISS, Art. 8 UWG N 15: Der Konsument «hat nur die Wahl zwischen Vertragsabschluss zu den gestellten Bedingungen oder Abstandnahme vom Vertrag», was als «Take it or leave it» bezeichnet werden kann. Allerdings kann allein die Tatsache, dass eine «Take it or leave it»-Situation vorliegt, eine Inhaltskontrolle von Verträgen (konkret: eine AGB-Kontrolle) wohl nicht rechtfertigen, denn dies ist ja auch im «allgemeinen» Vertragsrecht der Normalfall: Der Empfänger eines Vertrags-Antrages kann diesen annehmen oder nicht annehmen (Art. 3 ff. OR), die «Annahmeerklärung muss «unqualifiziert» sein, [das heisst] ohne Vorbehalt erfolgen» (ZELLWEGER-GUTKNECHT/BUCHER, Art. 3 OR N 22). Die Frage nach der Berechtigung einer AGB-Kontrolle ist hier aber nicht zu beantworten; vgl. zu den Gründen aber HEISS, Art. 8 UWG N 15 ff.

- 50 Andererseits sind viele der zwingenden Bestimmungen des Vertragsrechts – jedenfalls die, die zum Schutz einer Vertragspartei aufgestellt wurden – auf einen solchen «Willensmangel» zurückzuführen.⁹⁸ Die Verletzung solcher Normen zieht aber nach ganz herrschender Meinung regelmässig Unwirksamkeit ex lege nach sich.⁹⁹ Das Gesetz unterscheidet für die Rechtsfolge also nicht danach, ob die Begründung für eine Norm (auch) den Willen einer Partei (und seine Mangelhaftigkeit) betrifft. Damit entspricht Artikel 8 UWG – obwohl er Ähnlichkeit mit Artikel 21 OR hat und wie dieser der Sache nach zumindest auch Willensmängel regelt – die Rechtsfolge der Unwirksamkeit ex lege, wie sie Artikel 19 und 20 OR vorsehen, und nicht Anfechtbarkeit, wie sie Artikel 21 und 31 OR vorsehen.

cc. Öffentliches Interesse

- 51 Die von den Artikeln 19 und 20 OR erfassten Verträge sind zumindest teilweise solche, die einen Verstoß gegen öffentliche Interessen beinhalten;¹⁰⁰ die Artikel 21 und 23 ff. OR erfassen Verträge, die eher nur individuelle Interessen der betroffenen Partei verletzen. Denkbar wäre, dass die gesetzliche Wertung diejenige ist, dass die Verletzung öffentlicher Interessen zur Unwirksamkeit des Vertrages ex lege führt, während die Verletzung allein individueller Interessen nur zur Anfechtbarkeit führt. Das schiene auch aufgrund der Privatautonomie, die der Gesetzgeber in Artikel 19 Absatz 1 OR festhält,¹⁰¹ gerechtfertigt: Ist lediglich das Interesse einer der Parteien betroffen, entspricht es der Privatautonomie, wenn diese selber darüber entscheiden kann, ob sie den von ihr eingegangenen Vertrag gegen (und im Gegenzug auch für) sich gelten lassen möchte. Über öffentliche Interessen – und damit Interessen Dritter – kann den Vertragsparteien eine Entscheidungsbefugnis aber nicht

98 Man denke nur an das Arbeitsvertragsrecht. Soll die AGB-Kontrolle durch die «Take it or leave it»-Situation und das «Angewiesensein» des Konsumenten (dazu HEISS, Art. 8 UWG N 16) gerechtfertigt sein (zum letzten Argument GAUCH, Banken: «Nach den realen Lebensverhältnissen sind die Bankkunden auf den Abschluss von Bankverträgen angewiesen und können sich im Normalfall auch dem einseitigen AVB-Diktat der Banken nicht entziehen»), muss das erst recht für einen Arbeitnehmer gelten, dessen einzige Möglichkeit, seinen Lebensunterhalt zu verdienen, darin besteht, seine Arbeitskraft zu verwerten, und dies eben zu den (Vertrags-) Bedingungen, die er «vorfindet».

99 Vgl. für das Arbeitsvertragsrecht Art. 361 Abs. 2 und 362 Abs. 2 OR und dazu hinten N 558 ff.

100 Vgl. BGE 84 II 112 Erw. 4 S. 112: «Das öffentliche Interesse, das dabei in Frage steht ...»; vgl. aber HUGUENIN, Nichtigkeit, S. 20 ff. mit Hinweis auf differenzierende Entscheide des Bundesgerichts (BGE 107 II 105 und 104 II 108).

101 HUGUENIN/MEISE, Art. 19/20 OR N 2; auch Art. 1 OR ist Ausdruck der Privatautonomie und für das Zivilprozessrecht der in Art. 58 Abs. 1 ZPO festgehaltene Dispositionsgrundsatz.

zukommen. Zudem genügt es bei individuellen Interessen, derjenigen Person die Mittel zu deren Wahrung in die Hand zu geben, um deren Interessen es geht. Bei öffentlichen Interessen kann es jedoch sein, dass es im individuellen Interesse beider Parteien ist, die öffentlichen Interessen zu verletzen, sodass für keine Partei ein Anreiz besteht, die Unwirksamkeit des Vertrages geltend zu machen.¹⁰²

Allerdings erfassen – wie bereits ausgeführt – auch die Artikel 19 f. OR mit den zwingenden Bestimmungen des Vertragsrechts solche, die im öffentlichen Interesse aufgestellt sind, und solche, die das nicht sind,¹⁰³ ohne für die einen Unwirksamkeit ex lege, für die anderen Anfechtbarkeit vorzusehen. Zwar geht das Bundesgericht in Anwendung von Artikel 27 Absatz 2 ZGB – der möglicherweise ein «Anwendungsfall» von Artikel 20 Absatz 1 OR ist¹⁰⁴ – davon aus, dass zwischen öffentlichen und individuellen Interessen zu unterscheiden ist, in einem Fall Unwirksamkeit ex lege, im anderen Fall Anfechtbarkeit die Folge der Verletzung der Schranken der Vertragsfreiheit ist.¹⁰⁵

102 Zum Beispiel bei einem einem Geschäft über Kriegsmaterial in Verletzung der entsprechenden Handels- und Exportbestimmungen oder einem «[ü]bersetzte[n] Erwerbsspreis» (Art. 66 BGG) für landwirtschaftliche Gewerbe oder Grundstücke (Art. 61 ff. BGG), der dem öffentlichen Interesse (an der «Grundlage eines gesunden Bauernstandes und einer leistungsfähigen, auf eine nachhaltige Bodenbewirtschaftung ausgerichteten Landwirtschaft» [Art. 1 Abs. 1 lit. a BGG]) widerspricht (vgl. lit. c); zum (öffentlichen, namentlich volkswirtschaftlichen) Interesse an der «wirtschaftliche[n] Existenz eines gesunden Bauernstandes» im Zusammenhang mit der Nichtigkeit eines Kaufrechts vgl. BGE 94 II 105 Erw. 6 S. 115.

103 Immerhin ist zuzugeben, dass man zum Beispiel die Einhaltung arbeitsrechtlicher Bestimmungen – im Sinne eines «geordneten Arbeitsmarktes» – auch als öffentliches Interesse betrachten kann (vgl. nur Art. 7 UWG, «Nichteinhaltung von Arbeitsbedingungen») und man Ähnliches auch für das Mietrecht annehmen kann. Der Übergang dürfte oft fließend sein, sind doch öffentliche Interessen ohnehin vor allem die «summierten» Interessen der einzelnen Privaten. Selbst Regeln über Kriegsmaterialexporte dienen zuletzt (zumindest auch) Individualinteressen, nämlich der Neutralität des Landes, die wiederum die äussere Sicherheit (und damit die Sicherheit jedes Einzelnen) gewährleisten soll. Und eine «leistungsfähige ... Bodenbewirtschaftung» (Art. 1 Abs. 1 lit. a BGG) und ein «leistungsfähige[r] Bauernstand» (dem «[d]ie Bestimmungen des bäuerlichen Erbrechts» dienen, vgl. BGE 110 II 329 Erw. 3.c.S. 331) dienen wiederum (auch) der wirtschaftlichen Versorgung jedes Einzelnen. DRUEY, S. 145, bezeichnet öffentliche Interessen als «Mittlergrössen».

104 Dazu HUGUENIN/MEISE, Art. 19/20 OR N 43, und HUGUENIN/REITZE, Art. 27 ZGB N 19, einerseits; BUCHER, OR AT, S. 240 f., und BUCHER, BeKomm, Art. 27 ZGB N 162 ff., andererseits.

105 «Ein Vertrag, der den höchstpersönlichen Bereich einer Person betrifft, bei dem jede vertragliche Bindung gegen die guten Sitten verstösst, ist nichtig. Ausserhalb dieses Bereichs erfordert der mit Art. 27 Abs. 2 ZGB bezweckte Schutz der persönlichen Freiheit nicht die von Amtes wegen zu beachtende Nichtigkeit übermässiger Bindungen, sondern bloss das Recht der übermässig gebundenen Partei, die Vertragserfüllung zu verweigern» (BGE 129 III 209, Regeste; siehe auch BGE 143 III 480, insbesondere Erw. 4.2 S. 486). Vgl. dazu TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO, § 11 N 15.

Missbräuchliche Geschäftsbedingungen betreffen aber nicht – im Sinne dieser Rechtsprechung – den «höchstpersönlichen Bereich einer Person ..., bei dem jede vertragliche Bindung gegen die guten Sitten verstösst» (und wo eine solche Bindung deshalb ex lege unwirksam ist).¹⁰⁶ Entsprechend dieser – zwar nicht unmittelbar gesetzlichen – Wertung und Differenzierung wäre Artikel 8 UWG eher ein Fall der Anfechtbarkeit als der Unwirksamkeit ex lege.

- 53 Eine solche Differenzierung wird aber – abgesehen von der erwähnten Rechtsprechung – bei Artikel 20 Absatz 1 OR nicht vorgenommen, der wie ausgeführt nach herrschender Lehre auch solche Schranken der Vertragsfreiheit erfasst, die lediglich im individuellen Interesse der Vertragsfreiheit aufgestellt sind.¹⁰⁷ Es ist deshalb anzunehmen, dass es der gesetzlichen Wertung entspricht, dass auch für Fälle wie Artikel 8 UWG, die (primär) dem Schutz individueller Interessen dienen, Unwirksamkeit ex lege die Rechtsfolge ist; dazu kommt noch, dass Artikel 8 UWG auch öffentliche Interessen verfolgt.¹⁰⁸

dd. Ergebnis

- 54 Aus dem Versuch, Artikel 8 UWG in die Schranken der Vertragsfreiheit der Artikel 20 ff. OR¹⁰⁹ einzuordnen, ergibt sich nichts für die Frage, ob vertragliche Rechtsfolge der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen Anfechtbarkeit oder Unwirksamkeit ex lege ist. Das Wissen (und das Wissen-

106 BGE 129 III 209, Regeste.

107 HUGUENIN/MEISE, Art. 19/20 OR N 55 Abs. 2, schlagen hingegen einen flexiblen Nichtigkeitsbegriff vor, der sich teilweise schon durchgesetzt habe (Art. 19/20 N 56). Zumindest nach seinem Wortlaut differenziert Art. 20 Abs. 1 OR aber nicht danach, ob eine Schranke der Vertragsfreiheit (auch) im öffentlichen Interesse aufgestellt ist. Und auch neuere Gesetze – zum Beispiel Art. 15 KKG, der vor allem (aber nicht nur) im individuellen Interesse aufgestellt ist (zu diesem hinten N 511 ff.) – sehen Unwirksamkeit ex lege unabhängig davon vor, welchen Interessen die Schranke der Vertragsfreiheit dient.

108 Vgl. für Zinsabreden, die auch unter Art. 8 UWG relevant sein dürften, BGE 80 II 327 Erw. 3. b. S. 332 f., wonach «der volkswirtschaftlichen Bedeutung der Zinsbeschränkung die Widerhandlungsfolge nach Art. 20 OR besser gerecht wird. ... Wo der kantonale Gesetzgeber den Zinswucher eindämmt, wahrt er auch öffentliche Interessen, welche ihm die Bekämpfung jenes wirtschaftlichen Übelstandes gebieten.» Auch der Wettbewerb, den das UWG insgesamt schützen soll (vgl. nur dessen Art. 1), ist von öffentlichem Interesse; zur (beschränkten) Bedeutung von Art. 1 für die Auslegung von Art. 8 UWG aber hinten N 484.

109 Jedenfalls die Art. 23 ff. OR, aber zumindest teilweise auch Art. 21 OR, sind nicht Schranken der Vertragsfreiheit in einem eng verstandenen Sinn; vielmehr setzen sie die Vertragsfreiheit – nämlich ihre «Kehrseite», die Nicht-Bindung an Nicht-Gewolltes – erst durch. Trotzdem kann man die Frage stellen, ob Art. 8 UWG eher dem einen oder dem anderen ähnelt und was die Folge davon sein soll.

Müssen und -Können) des «Verletzers» spielen zwar bei Willensmängeln eine Rolle, entscheiden aber nicht darüber, wie der Willensmangel geltend zu machen ist.¹¹⁰ Auf die Frage, ob (primär, auch oder nur) öffentliche oder (primär, auch oder nur) individuelle Interessen betroffen sind, kommt es auch nicht an, abgesehen davon, dass Artikel 8 UWG jedenfalls auch öffentlichen Interessen dient und deshalb seine Verletzung ohnehin eine Unwirksamkeit ex lege nach sich ziehen müsste.¹¹¹ Am ehesten von Bedeutung für die Entscheidung zwischen Anfechtbarkeit und Unwirksamkeit ex lege ist, ob es um Inhalts- oder Willensmängel geht (wie es das Gesetz ja schon durch seine Gliederung zum Ausdruck bringt)¹¹², und zwar sind allein formelle Kriterien relevant und nicht die Frage, ob die Norm auch wegen Einschränkungen der Willensfreiheit aufgestellt wurde.¹¹³

h. Ungewöhnlichkeitsregel

«Hat eine Partei den Allgemeinen Geschäftsbedingungen bloss global zugestimmt, so gelten jene (nachteiligen) Klauseln nicht, mit denen eine Partei nicht gerechnet hat und aus ihrer Sicht zur Zeit des Vertragsabschlusses vernünftigerweise auch nicht rechnen musste.» Eine solche Bestimmung wird nicht Vertragsbestandteil.¹¹⁴ Der Abschluss eines Vertrages unter Verwendung «ungewöhnlicher» allgemeiner Geschäftsbedingungen führt also zu einer Rechtslage, die der Unwirksamkeit ex lege solcher allgemeiner Geschäftsbedingungen entspricht: bei ungewöhnlichen allgemeinen Geschäftsbedingungen, weil kein Konsens vorliegt, bei einer Unwirksamkeit ex lege, weil selbst ein allfälliger Konsens nicht die Rechtsfolge «vertragliche Bindung» nach sich zieht.

Sind die Tatbestandsvoraussetzungen der Ungewöhnlichkeitsregel erfüllt, dürften auch die Tatbestandsvoraussetzungen des Artikels 8 UWG – bei Verträgen mit Konsumenten, da Artikel 8 UWG nur solche erfasst – regelmässig erfüllt sein; umgekehrt erst recht, dürfte doch in aller Regel «ungewöhnlich» sein, was «in Treu und Glauben verletzender Weise ... ein erhebliches und

110 Vgl. vorn N 42 ff., insbesondere vorn N 47.

111 Vgl. vorn N 51 ff., insbesondere vorn N 53.

112 «Inhalt des Vertrages» – «Nichtigkeit» die Marginalie zu Art. 20 OR, «Mängel des Vertragsabschlusses» die Marginalie zu den Art. 23 ff. OR. Nach SCHLUEP, Rechtstheorie, N 1370, zählen die Marginalien nicht zum Gesetz. Vgl. aber nur BGE 142 III 557 Erw. 8.3.3 S. 564 und EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 ZGB N 207.

113 Vgl. vorn N 48 ff., insbesondere vorn N 50.

114 Zum Ganzen GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1136. Zur «Entstehung» der Ungewöhnlichkeitsregel BGE 109 II 213 Erw. 2 S. 217, BGE 109 II 452 Erw. 4 S. 456.

ungerechtfertigtes Missverhältnis» darstellt.¹¹⁵ Die Annahme, Verträge, die Artikel 8 UWG verletzen, seien nur anfechtbar, würde dazu führen, dass in einem wohl recht grossen Schnittbereich solche Geschäftsbedingungen bereits aufgrund der Ungewöhnlichkeitsregel unwirksam sind¹¹⁶ und für die Anfechtbarkeit nur noch ein ganz geringer Anwendungsbereich verbleibt. Eine solche unterschiedliche Behandlung sehr ähnlicher Sachverhalte ist zwar nicht ausgeschlossen, dient aber nicht der «Einheit der Rechtsordnung» und ist auch wertungsmässig nur schwer zu begründen. Es würde auch bedeuten, dass jeweils unterschieden werden müsste, ob allgemeine Geschäftsbedingungen aufgrund der Ungewöhnlichkeitsregel nicht wirksam oder «nur» missbräuchlich im Sinne von Artikel 8 UWG sind.

57 Zwar wurde vorn ausgeführt, dass die Annahme einer Unwirksamkeit ex lege (aufgrund der Ungewöhnlichkeitsregel) nicht der Annahme einer Anfechtbarkeit (aufgrund von Artikel 9 UWG) irgendwie «vorgeht» und diese ausschliesst.¹¹⁷ Erlässt der Gesetzgeber eine Norm über die Anfechtbarkeit von (ohne diese Norm wirksamen) Verträgen – zum Beispiel Artikel 21 OR oder eben möglicherweise Artikel 9 UWG –, so kann diese Anordnung nicht «umgangen» werden, indem man annimmt, der Vertrag sei ohnehin nichtig. Man kann aber nicht annehmen, dass der Gesetzgeber mit Erlass des (revidierten) Artikels 8 UWG und der Rechtsfolgeanordnung von Artikel 9 UWG auch die Ungewöhnlichkeitsregel so verändern wollte, dass deren Verletzung nun ebenfalls nur Anfechtbarkeit nach sich zieht. Diese Annahme ist besonders deshalb nicht gerechtfertigt, weil sie zur Folge hätte, dass Konsumenten jedenfalls dort, wo allgemeine Geschäftsbedingungen sowohl ungewöhnlich als auch missbräuchlich sind – wobei die «Schnittmenge» wie erwähnt ziemlich gross sein dürfte –, heute schlechter gestellt wären als vor Revision von Artikel 8 UWG, denn die Anfechtung eines Vertrages ist stets mit Aufwand verbunden und Erklärungen können (aus Form- oder anderen Gründen) unwirksam sein und es kann eine allfällige Befristung der Anfechtungsmöglichkeit verpasst werden. Die Revision von Artikel 8 UWG bezweckte aber gerade, Konsumenten *stärker* zu schützen.

115 Den Zusammenhang zwischen Art. 8 UWG und der «verdeckten Inhaltskontrolle» erwähnen HUGUENIN/MEISE, Art. 19/20 OR N 23 Abs. 3. Vgl. auch BIERI, Rz. 4 ff., der die Anwendung der «règle dite de l'insolite» (was die Ungewöhnlichkeitsregel ist, vgl. BGE 119 II 443 Erw. 1. a S. 446) neben Art. 8 UWG befürwortet, vgl. auch Rz. 11. Auch SCHMID, Inhaltskontrolle, S. 19 f., geht davon aus, dass die Ungewöhnlichkeitsregel weiterhin gilt.

116 «Ungewöhnliche AGB-Klauseln sind unwirksam und werden nicht Vertragsbestandteil» (PERRIG, Zugänglichkeit, S. 291 f. [Herv. wegg.]).

117 Vgl. vorn N 21 ff.

i. Verbleibender normativer Gehalt von Artikel 9 UWG?

Eine Auslegung einer Norm ist nicht anzunehmen, wenn diese Auslegung dazu führt, dass diese (oder eine andere) Norm ihren Anwendungsbereich verliert.¹¹⁸ Vorn wurde darauf hingewiesen, dass Verletzungen des UWG regelmässig tatsächliche Handlungen und (durch solche entstandene) Zustände sind. Bei all diesen ist eine Unwirksamkeit ex lege naturgemäss nicht denkbar, sodass die Ansprüche und Klagemöglichkeiten des Artikels 9 UWG nötig sind. Dem Artikel 9 UWG verbleibt ein Anwendungsbereich, auch wenn man davon ausgeht, dass gegen Artikel 8 UWG verstossende Verträge ex lege unwirksam sind.

§ 5 Grenzen der Rechtsfindung; Auslegung und Lückenfüllung

I. Allgemeines

Nach dem Ausgeführten ergibt sich aus Wortlaut und Systematik der gesetzlichen Ordnung eher, dass die vertragliche Rechtsfolge der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen sich aus Artikel 9 UWG ergibt und damit Anfechtbarkeit ist. Die historische Auslegung bringt dazu keine Klarheit. Die Annahme einer Regel, nach der die vertragliche Rechtsfolge der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen nicht die von Artikel 9 UWG vorgesehene Anfechtbarkeit (sondern Unwirksamkeit ex lege) ist, entspricht aber eher dem Zweck der Artikel 9 f. UWG, die Rechtsdurchsetzung zu verbessern, und er entspricht eher der im Gesetz (durch die Artikel 20, 21 und 31 OR) vorgezeichneten Wertung.

Es fragt sich, ob die Berücksichtigung eines dieser Rechtsfindungselemente deshalb ausscheidet, weil seine Berücksichtigung die Grenzen der Rechtsfindung verletzt.¹¹⁹

118 BYDLINSKI, Methodenlehre, S. 444: «Führt eine bestimmte Interpretation einer Norm infolge des klaren Inhaltes einer anderen Gesetzesregel oder auch eines anderen Normteils dazu, dass eine der beiden Bestimmungen unanwendbar ... wird, so ist diese Auslegung systematisch nicht anzunehmen.» Vgl. auch BGE 121 III 219 Erw. 1.c.bb S. 227: «Rationalitätsvermutung» zugunsten des Gesetzgebers; «rational» wäre es nicht, eine Norm zu erlassen, die keinen Anwendungsbereich hat. Vgl. auch SCHÜRNBAND, S. 915.

119 Man könnte von der «Grenze der zulässigen Rechtsfindung» sprechen. Es geht aber wohl weniger um die Zulässigkeit der Rechtsfindung, sondern um ihre Richtigkeit. Zum Beispiel ist denkbar, dass einzelne Rechtsfindungselemente – wie eben Teleologie und

- 61 Die Annahme, vertragliche Rechtsfolge der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen sei Unwirksamkeit ex lege, muss man auf den ersten Blick wohl als Abweichen von Wortlaut und Systematik der Artikel 9 f. UWG betrachten. Es geht also um eine (eben teleologisch motivierte) Einschränkung der normativen Zuständigkeit des Artikels 9 UWG oder seiner Rechtsfolge.¹²⁰ Dieses methodische Vorgehen steht in der Nähe dessen, was als teleologische Reduktion bezeichnet wird.¹²¹ Und zwar sowohl dann, wenn Artikel 9 UWG nicht angewendet wird, aber ebenso, wenn – aufgrund der Artikel 20, 21 und 31 OR – die Rechtsfolge des Artikels 9 UWG danach differenziert wird,

Systemkonformität – für eine bestimmte Rechtslage sprechen (hier für die Unwirksamkeit ex lege), aber andere Rechtsfindungselemente – wie eben Wortlaut und Systematik – für eine andere (hier für die Anfechtbarkeit); weiter ist denkbar, dass ein «qualifiziertes Schweigen» vorliegt (dazu hinten N 414 und hinten N 503 ff.), das Argument der Systemkonformität (die man namentlich durch Analogie erreicht, dazu hinten N 527 ff. und hinten N 540 ff.) also ausgeschlossen ist (man mithin die Rechtslage annehmen muss, die sich aus Wortlaut und Systematik und der Teleologie, also der Auslegung, ergibt). Man kann dann die Rechtsfindung durch Analogie – und damit das Herstellen von Systemkonformität – als (richtige, aber) unzulässige Rechtsfindung bezeichnen. Was die Rechtslage ist, hängt aber nicht nur von den einzelnen Rechtsfindungselementen und ihren Ergebnissen ab, sondern von allen Rechtsfindungsregeln. Und wenn nun eine Rechtsfindungsregel ist (zum Beispiel aufgrund von Art. 164 BV [zu diesem hinten N 110 ff.] und Art. 1 ZGB [OGOREK, S. 23, spricht vom «Verfassungspostulat der Gesetzesbindung»]), dass bei einem qualifizierten Schweigen keine Systemkonformität herzustellen ist (sondern die Auslegung das «Ende» der Rechtsfindung sein muss), dann ist die von der Analogie geforderte (also die systemkonforme) Rechtslage nicht die richtige, deren Annahme (aufgrund der «Grenze der Rechtsfindung») unzulässig ist; vielmehr ist die nicht systemkonforme Rechtslage – eben wegen der Rechtsfindungsregeln – gerade die richtige. Vgl. aber BYDLINSKI, Grenze, S. 27 f.: «Während es im allgemeinen um die Erkenntnis der nach allen rechtlichen Massstäben rational bestbegründeten Lösung eines konkreten Rechtsproblems geht, setzt die lex lata der praktischen Anwendung solcher Erkenntnisse in der Rechtsfindung kraft der Autorität des Gesetzgebers besondere Schranken; [insbesondere] den Ableitungen aus systematischen Zusammenhängen und aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen.»

- 120 Oder der konditionalen Verknüpfung zwischen Tatbestand und Rechtsfolge, denn es würde heissen, dass – eben entgegen seinem «konditionalen Befehl» – die von Art. 9 UWG angeordnete Rechtsfolge nicht eintritt, auch wenn sein Tatbestand erfüllt ist. Ob man den Tatbestand, die Rechtsfolge oder die «Verknüpfung» einschränkt, spielt aber keine Rolle (und es sind wohl ohnehin nicht unterschiedliche Vorgänge, sondern unterschiedliche Betrachtungen des Gleichen).
-
- 121 Ob es wirklich eine solche ist – und was allenfalls die Rechtsfolge davon wäre –, ist zu untersuchen. Die Antwort darauf hängt aber auch von der nicht ganz einheitlichen Verwendung des Begriffs der teleologischen Reduktion ab. Auf die «Qualifikation» als teleologische Reduktion kommt es an sich natürlich nicht an, sondern nur darauf, ob mit dem hier gewählten Vorgehen eine Grenze der Rechtsfindung überschritten wird (ohne dass dafür bestehende Voraussetzungen erfüllt wären); dennoch ist einmal aufgrund dieser Begriffe und Kategorien zu untersuchen, ob noch «zulässige» Rechtsfindung vorliegt.

welcher der Artikel 2-8 UWG verletzt ist, ohne dass der Wortlaut des UWG Anhaltspunkte für eine solche Differenzierung enthält.¹²² Es sind also zwei Fragen zu untersuchen. Erstens, um welches methodische Vorgehen es sich hier handelt (eben zum Beispiel teleologische Reduktion). Zweitens sind die Grenzen der Rechtsfindung zu bestimmen, und es ist zu entscheiden, ob die vorgenommene Rechtsfindung diese Grenze verletzt (wobei das von weiteren Voraussetzungen abhängen kann, wenn bestimmte Rechtsfindungselemente solche voraussetzen [so setzt Lückenfüllung das Vorliegen einer Lücke voraus]).

1. Grenze des Wortlauts

Eine Grenze der Rechtsfindung ist die zwischen Auslegung und Lückenfüllung, die man aus Artikel 1 ZGB ableiten kann, der zwischen «Wortlaut und Auslegung» einerseits (Absatz 1) und Fällen, in denen «dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden [kann]» (Absatz 2), unterscheidet. Als Grenze zwischen Auslegung und Lückenfüllung kann wiederum der Wortlaut betrachtet werden:

«Jenseits der Wortlautgrenze ist die Rechtsanwendung nur noch legitim, wenn sich eine Lücke des Gesetzes nachweisen lässt. ... In der Methodenlehre und einem Teil der Literatur zu den Einleitungsartikeln wird das auch terminologisch ausgedrückt, indem man nur bis zur Wortlautgrenze von «Auslegung» oder «eigentlicher Auslegung» spricht und danach von lückenfüllender Rechtsfortbildung, die regelmässig mit den Mitteln der Analogie und teleologischen Reduktion erfolgt.»¹²³ «Nach ganz herrschender deutscher Auffassung endet die Gesetzesauslegung beim weitesten nach dem Sprachgebrauch noch «möglichen Wortsinn» der gesetzlichen Normen.»¹²⁴ «Der aus dem allgemeinen Sprachgebrauch zu entnehmende Wortsinn bildet den Ausgangspunkt und bestimmt zugleich die Grenze der Auslegung, da das, was jenseits des möglichen Wortsinns liegt, mit ihm auch bei «weitester» Auslegung nicht

122 Vgl. CANARIS, Lücken, § 74 (S. 82), der auf «wertungsmässig gebotene Differenzierungen» hinweist, die das Gesetz nicht vornehme. Vgl. auch HAUSHEER/JAUN, Reduktion, S. 502 (Herv. hinz.): «Erscheint [der Gesetzeswortlaut] verglichen mit der ratio legis des Gesetzes als zu weit gefasst, ist er auf den Anwendungsbereich zu reduzieren, welcher der mit Hilfe aller sonstigen Auslegungsmittel eruierten (restriktiveren) ratio legis entspricht.» Nach der von ihnen erwähnten Lehre und Rechtsprechung «erweise sich [der Gesetzeswortlaut] ... als zu *undifferenziert* [beziehungsweise] zu weit gefasst und sei dementsprechend restriktiv auszulegen».

123 EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 ZGB N 229; auch N 225: «Insbesondere kommen jenseits der Wortlautgrenze Analogie und teleologische Reduktion in Betracht.»

124 JAUN, S. 25 (Herv. wegg.), mit zahlreichen Hinweisen (Fn. 4).

mehr vereinbar ist, nicht als Inhalt des Gesetzes gelten kann.»¹²⁵ Auch Kramer unterscheidet die «Rechtsanwendung im Bereich des noch möglichen Wortsinns der zu interpretierenden Norm» (die «eigentliche Auslegung») und «richterliche Rechtsfindung ausserhalb des Wortsinns, [das heisst] ausserhalb von dessen Begriffskern und Begriffshof». ¹²⁶ «Die Grenze zwischen extensiver Auslegung und Analogie bildet der mögliche Wortsinn (...). Jeder Begriff hat einen Kern, einen Hof und einen äusseren Kreis, der die Grenze des Wortsinns markiert, die zugleich die Grenze zur Analogie darstellt.»¹²⁷ Und nach Rüedi «[bildet d]er Wortlaut ... gleichzeitig Ausgangspunkt und Grenze der Auslegung»¹²⁸.

64 Nicht zu verwechseln ist allerdings die hier vorgebrachte Grenze des *Wortlauts* (zwischen Auslegung und Lückenfüllung) mit der Grenze des «*klaren Wortlauts*», der bereits innerhalb der Auslegung eine Grenze sein soll (nämlich dazu führen soll, dass der Sinn der Norm abschliessend aus ihrem Wortlaut gewonnen wird).¹²⁹

65 Ist die Grenze zwischen Auslegung und Lückenfüllung der Wortlaut des Gesetzes,¹³⁰ muss lediglich die Frage beantwortet werden, ob die – teleologisch begründete – Annahme, vertragliche Rechtsfolge der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen sei (nicht Anfechtbarkeit, sondern) Unwirksamkeit ex lege, mit dem Wortlaut des Gesetzes – also namentlich der

125 LARENZ/CANARIS, S. 163 f. (Herv. wegg.). Anders aber GYGI, S. 73: «[Es läuft] darauf hinaus, dass der Wortsinn des Normtextes nicht die äusserste Grenze der zulässigen Auslegung bildet»; er nimmt an, Grenze der zulässigen Auslegung sei die ratio legis, S. 78 f. und S. 82.

126 KRAMER, Methodenlehre, S. 191, im Einzelnen schon S. 57 ff. Er nimmt zudem «ausserhalb» der Auslegung noch eine «Normzweckgrenze» als Grenze richterlicher Rechtsfortbildung an (S. 245 Fn. 790).

127 HONSELL, BaKomm, Art. 1 ZGB N 13.

128 RÜEDI, Art. 66 OR N 41.

129 Dazu und zur Relativierung durch «triftige Gründe» hinten N 127 ff.

130 ... und ist die Grenze zwischen «zulässiger» und «nicht ohne Weiteres zulässiger» Rechtsfindung diejenige zwischen Auslegung und Lückenfüllung. Das «Weitere», das für die Rechtsfindung jenseits dieser Grenze (also für die «Lückenfüllung») vorausgesetzt ist, kann das Vorliegen einer Lücke, die Planwidrigkeit derselben und das Fehlen eines qualifizierten Schweigens sein (dazu hinten N 499 ff.), es kann aber auch das «Geboten-Sein» aufgrund des inneren Systems sein (VOGT, Handelsregister, § 1 N 358, der allerdings das Vorliegen einer solchen Grenze ablehnt, sondern von einem «voranschreitenden, sich qualitativ wandelnden Rechtsfindungsprozess» ausgeht [N 355]). Da die Annahme «Unwirksamkeit ex lege» mit dem Wortlaut des Gesetzes vereinbar ist (hinten N 88, 91), muss hier nicht geprüft werden, ob jenseits dieser Grenze – wenn sie denn besteht – zusätzliche oder andere Voraussetzungen für die Annahme einer «ins Auge gefassten» (VOGT, Handelsregister, § 1 N 326) Rechtsregel bestehen und was sie genau sind. Vgl. zudem zur Kritik an der Wortlautgrenze EMMENEGGER/TSCHECHTSCHER, Art. 1 ZGB N 232 ff., mit weiteren Hinweisen.

Artikel 8 und 9 UWG – vereinbar ist, sich also (wenn auch nicht mehr im Begriffskern, so doch) noch im Begriffshof des Wortlauts des Gesetzes befindet.

2. Methoden-Grenze

Denkbar ist aber auch, dass die Grenze zwischen Auslegung und Lückenfüllung nicht – oder nicht nur – der Wortlaut des Gesetzes ist. Denkbar wäre namentlich (neben der Möglichkeit, dass jedes andere Auslegungselement diese Grenze sei)¹³¹, dass die Grenze zwischen Auslegung und Lückenfüllung dann überschritten wird, wenn man eine bestimmte Methode, ein bestimmtes Vorgehen anwendet¹³² – hier eben eine teleologische Restriktion oder Reduktion – oder wenn man auf Rechtsquellen abstellt, die auf die gestellte Rechtsfrage nicht unmittelbar zur Anwendung kommen – hier statt allein auf Artikel 8 und 9 UWG auf Artikel 28a ZGB, die Artikel 20, 21 und 31 OR und Artikel 5 KG. Es wurde vorn ausgeführt, dass die Rechtsfindung «mit Blick» auf die Artikel 28a ZGB, auf die Artikel 20, 21 und 31 OR und Artikel 5 KG der teleologischen Reduktion ähnelt. Es kann deshalb geprüft werden, ob teleologische Reduktion Auslegung oder Lückenfüllung ist und ob die dargelegte Rechtsfindung eine teleologische Reduktion ist. Je nachdem wäre für die «Zulässigkeit» der vorgenommenen Rechtsfindung die Voraussetzung der Lückenfüllung – das Vorliegen einer Lücke – zu prüfen.

3. Methodische Verortung der teleologischen Reduktion

a. Bundesgerichtliche Rechtsprechung

Das Bundesgericht scheint teilweise anzunehmen, teleologische Reduktion sei Auslegung: «Wo ... der zu weit gefasste Wortlaut durch zweckgerichtete Interpretation eine restriktive Deutung erfährt, liegt ebenso Gesetzesauslegung vor wie im Fall, wo aufgrund teleologischer Reduktion eine verdeckte Lücke festgestellt und korrigiert wird.»¹³³ Im gleichen Entscheid führte es weiter aus, «[d]ie gesetzliche Kompetenzordnung [nach Artikel 698 Absatz 2 OR, um die es konkret ging] ist allerdings *auslegungsbedürftig*.»¹³⁴

131 So die bei HONSELL, BaKomm, Art. 1 ZGB N 13, Zitierten, die annehmen, Grenze sei der «historische Normzweck».

132 So JAUN, S. 13: «Methodenkonzepte geben in generell-abstrakter Weise Auskunft darüber, wo die Grenze zwischen den verschiedenen Bereichen richterlicher Tätigkeit (der auslegenden, rechtsfortbildenden, normberichtigenden u. a.) verläuft. Die Kriterien, die zur Abgrenzung der einzelnen Rechtsfindungsbereiche herangezogen werden, erlauben es dabei, bestimmte methodische Erscheinungen innerhalb des betreffenden Methodenkonzepts entsprechend einzuordnen, so auch die teleologische Reduktion.»

133 BGE 121 III 219 Erw. 1.d.aa am Ende S. 226; ablehnend dazu KRAMER, Methodenlehre, S. 239 Fn. 765.

134 BGE 121 III 219 Erw. 1.d.bb S. 226 (Herv. hinz.).

- 68 Weiter führte es aber in diesem Entscheid auch aus: «Der Balancegedanke des Prinzips der Gewaltenteilung bestimmt nicht allein die Gesetzesauslegung im herkömmlichen Sinn, sondern führt darüber hinaus zur Massgeblichkeit der bei der Auslegung gebräuchlichen Methoden auf den Bereich richterlicher Rechtsschöpfung, indem ein vordergründig klarer Wortlaut einer Norm entweder auf dem Analogieweg auf einen davon nicht erfassten Sachverhalt ausgedehnt oder umgekehrt auf einen solchen Sachverhalt durch teleologische Reduktion nicht angewandt wird (...).»¹³⁵ Das Bundesgericht nimmt also an, dass es neben Auslegung einen (weiteren) «Bereich richterlicher Rechtsschöpfung» gibt, und dass die teleologische Reduktion zu diesem gehört. Wäre teleologische Reduktion Auslegung, müsste nicht klargestellt werden, dass die «bei der Auslegung gebräuchlichen Methoden» auch für sie gelten. Das Bundesgericht nimmt hier also eher an, teleologische Reduktion sei Lückenfüllung, andernorts im gleichen Entscheid aber eher, teleologische Reduktion sei Auslegung.¹³⁶
- 69 Und in einem anderen Entscheid führte das Bundesgericht aus: «Allenfalls ist zu prüfen, ob eine dem Sinn nach prohibitive Vorschrift durch sogenannte teleologische Reduktion einschränkend zu verstehen ist (...). Dies ist dort möglich, wo die reduzierende Auslegung eine rechtspolitische Gesetzeslücke nicht korrigiert, sondern deren Bestand verneint.»¹³⁷ Danach ist die teleologische Reduktion also reduzierende *Auslegung*.
- 70 In einem weiteren Entscheid wiederum warf das Bundesgericht die Frage auf, ob «eine zweckgerichtete Interpretation im Sinne der teleologischen Reduktion zum Ergebnis führt, dass – entgegen dem Wortlaut und dem Willen des historischen Gesetzgebers – die umstrittenen Bestimmungen ... eine echte Lücke aufweisen».¹³⁸ Eine «zweckgerichtete *Interpretation*» ist zwar nicht notwendigerweise *Auslegung*, tönt aber doch eher nach einer solchen (als nach Lückenfüllung). In diesem Entscheid führte es auch aus: «In differenzierender Auslegung ist daher vorab zu prüfen, ob der Wortsinn der Norm nicht bereits einem restriktiven Rechtssinn zu weichen habe, sodann, ob nicht bloss eine teleologisch nicht unterstützte Redundanz des grammatikalischen Rechtssinns gegeben sei, die durch eine Reduktion *contra verba legis* eingeschränkt werden muss.»¹³⁹ Hier wird einem «restriktiven Rechtssinn»,

135 BGE 121 III 219 Erw. 1.d.cc S. 224 f.

136 Vgl. (kritisch) KRAMER, Methodenlehre, S. 239 Fn. 765.

137 BGE 123 III 213 Erw. 5.b S. 218.

138 BGE 128 I 34 Erw. 3.d S. 43.

139 BGE 128 I 34 Erw. 3.b. S. 42.

was eher Auslegung ist,¹⁴⁰ «teleologisch nicht unterstützte Redundanz des Wortlauts» gegenübergestellt, die im Zusammenhang mit der teleologischen Reduktion behandelt und als «Alternativbegriff» für die «unechte Lücke» vorgeschlagen wird.¹⁴¹ Damit differenziert das Bundesgericht also zwischen Auslegung einerseits und Lückenfüllung durch teleologische Reduktion andererseits.

Und im zuerst erwähnten Entscheid führte das Bundesgericht aus, «[d]er Lückenbegriff taug[e] ... erst, wenn die teleologische Reduktion des Wortsinns ergibt, dass die positive Ordnung einer Regelung entbehrt, mithin eine verdeckte – aber echte – Lücke aufweist».¹⁴² Damit beantwortet das Bundesgericht die Frage nicht eindeutig. Die Ausführungen können so verstanden werden, dass teleologische Reduktion bereits selber Lückenfüllung sei; oder so, dass die teleologische Reduktion noch Auslegung ist, aufgrund der festgestellt wird, dass eine Regelung nach dem Sinn des Gesetzes – entgegen dem, was der Wortlaut vermuten lässt – gar nicht besteht, diese Lücke dann aber eben durch Lückenfüllung – wohl namentlich Analogie – zu schliessen ist.¹⁴³

Die Frage, ob es sich bei der teleologischen Auslegung um Auslegung oder Lückenfüllung handelt, scheint das Bundesgericht also nicht klar zu beantworten,¹⁴⁴ wenn es auch eher annimmt, es handle sich um Lückenfüllung.¹⁴⁵

b. Lehre

Canaris erwähnt verschiedene Fälle, «wo das positive Recht die «wertungsmässig gebotenen Differenzierungen» nicht vornimmt, wo also ein Tatbestand

140 Vom Bundesgericht angesprochen ist damit wohl die restriktive *Auslegung*, die zum Beispiel HONSELL, BaKomm, Art.1 OR N12, erwähnt.

141 KRAMER, Reduktion, S. 72. Kritisch zu diesem Begriff JAUN, S. 32f. Fn. 57.

142 BGE 121 III 219 Erw. 1.d.aa am Ende S. 226.

143 Zur Einheitlichkeit des Vorgangs von «Aufdecken» der Lücke durch teleologische Reduktion und Lückenfüllung durch Analogie aber CANARIS, Lücken, § 145 (S. 151f.), relativierend wiederum § 146 (S. 152f.)

144 Keine Stellungnahme zur Frage auch in BGE 123 III 292 Erw. 2.e.aa S. 298f., wo einfach darauf hingewiesen wird, dass eine teleologische Reduktion vorzunehmen ist.

145 Anders EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art.1 ZGB N 392, mit Verweis auf BGE 121 III 219 (und andere): «Auch die Rechtsprechung betont diese Zuordnung der teleologischen Reduktion zur Gesetzesauslegung im Sinne von Art.1 Abs.1 ZGB.» Die Frage, ob teleologische Reduktion Auslegung oder Lückenfüllung ist, kann aber hier offenbleiben, da keine teleologische Reduktion nötig ist (vgl. hinten N 79f.), und damit erst recht die Frage, was die Ansicht des Bundesgerichts dazu ist. Immerhin für die Analogie – die das «Gegenstück» zur teleologischen Reduktion ist (HONSELL, BaKomm, Art.1 ZGB N 17; KRAMER, Reduktion, S. 73; kritisch JAUN, S. 126) – liess das Bundesgericht die Frage offen, ob es sich bei ihr um Auslegung oder Lückenfüllung handle: BGE 142 III 329 Erw. 5.3 S. 334.

zu weit gefasst ist und eine erforderliche Einschränkung vermissen lässt». ¹⁴⁶ «Hinsichtlich der Zuordnung derartiger Beispiele zum Lückenbereich bedarf es dabei der Abgrenzung in zweifacher Richtung: gegenüber der Rechtsfindung *secundum legem* und gegenüber der Rechtsfindung *contra legem*. – Um Rechtsfindung *secundum legem* handelt es sich deshalb nicht, weil die Grenzen des möglichen Wortsinnes überschritten sind. Blosser «restriktive Auslegung» stellt z.B. die Unanwendbarkeit des § 120 BGB in den Fällen vorsätzlicher falscher Übermittlung dar, da man bei einschränkender Interpretation schon dem Wortsinne nach sagen kann, hier sei nicht «eine Willenserklärung unrichtig übermittelt», sondern vielmehr eine neue Erklärung an die Stelle der alten gesetzt worden. Im obigen Beispiel des § 165 BGB jedoch ist eine solche restriktive Auslegung unmöglich: hier wird nicht die Geltung der Vorschrift auf den Kernbereich des Wortsinnes beschränkt, sondern es wird vielmehr aus dem Kernbereich selbst eine Gruppe von Fällen herausgenommen, auf die die Norm keine Anwendung findet. Das aber überschreitet den Rahmen der Rechtsfindung *secundum legem*. Andererseits aber handelt es sich auch nicht um Rechtsfindung *contra legem*. Denn wenn auch scheinbar die Gebote des Gesetzgebers berichtigt werden, so erfolgt hier die Fortbildung des Rechts doch streng innerhalb der Wertungen des Gesetzes: die in ihrem Wortlaut zu weit gefasste Norm wird auf den ihr nach der immanenten Teleologie des Gesetzes zukommenden Anwendungsbereich zurückgeführt.» ¹⁴⁷

74 Die «Verortung» der teleologischen Reduktion erfolgt also mit Hinweis darauf, dass bei ihr «aus dem Kernbereich selbst eine Gruppe von Fällen herausgenommen» wird, also der (noch mögliche) Wortsinn verlassen wird – mit dem Nicht-Erfassen eines Falles, der in den Kernbereich eines Begriffs fällt, verlässt man den (noch möglichen) Wortsinn gewissermassen «nach innen». Nach Canaris ist die teleologische Reduktion also deshalb Lückenfüllung (und nicht mehr Auslegung), weil sie den noch möglichen Wortsinn verlässt (und weil der noch mögliche Wortsinn die Grenze zwischen Auslegung und Lückenfüllung ist). Auch nach Emmenegger/Tschentscher ist «[t]eleologische Reduktion ... die teleologisch motivierte Verringerung des Anwendungsbereichs einer Rechtsnorm auf weniger als die innere Wortlautgrenze». ¹⁴⁸ Auch

146 CANARIS, Lücken, § 74 (S. 82) (Herv. wegg.).

147 CANARIS, Lücken, § 75 (S. 82f.) (Herv. wegg.).

148 EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 ZGB N 392. Allerdings sei «[d]ie teleologische Reduktion ... gleich wie die Analogie der «Auslegung» im Sinne von Art. 1 Abs. 1 ZGB zuzuordnen, während sie methodisch ein Instrument der Lückenfüllung bleibt» (ebd.). Sie gehen nämlich davon aus, dass «zwischen dem Auslegungsbegriff der Methodenlehre (ohne Analogie) und dem Auslegungsbegriff des Artikels 1 Absatz 1 ZGB (einschliesslich Rechtsfortbildung durch Analogie und teleologische Reduktion) zu unterscheiden» sei (N 164, vgl. auch N 165).

Hausheer/Jaun weisen auf «[d]ie für die teleologische Reduktion charakteristische Forderung nach einer Auslegung gegen den klaren Wortlaut des Gesetzes (contra verba legis)» hin.¹⁴⁹

Damit ist teleologische Reduktion (nur) per definitionem Lückenfüllung und nicht (mehr) Auslegung: Lückenfüllung beginnt dort, wo der Wortlaut verlassen ist, und teleologische Reduktion ist ein Abweichen vom Wortlaut. Lückenfüllung liegt bei der teleologischen Reduktion also nicht deshalb vor, weil es sich um teleologische Reduktion handelt. Sondern allein deshalb, weil die teleologische Reduktion (wie alle Lückenfüllung) den Wortlaut (oder den «noch möglichen Wortsinn») verlässt. Damit besteht keine «Methodengrenze» zwischen Auslegung und Lückenfüllung, sondern es bleibt bei der herkömmlichen Grenze (eben dem noch möglichen Wortsinn). Denn gerade wenn der noch mögliche Wortsinn überschritten ist, handelt es sich überhaupt erst um teleologische Reduktion, und gerade deshalb ist sie Lückenfüllung und nicht mehr Auslegung. Die Antwort auf die Frage, ob ein bestimmter Rechtsfindungsschritt (grundsätzlich ohne weitere Voraussetzungen zulässige) Auslegung oder (nur bei Vorliegen zusätzlicher Voraussetzungen zulässige) Lückenfüllung ist, ergibt sich also nicht daraus, ob man diesen der teleologischen Reduktion, der teleologischen Restriktion oder der restriktiven Auslegung zuordnet; diese Zuordnung ist vielmehr Folge davon, ob es sich um Auslegung oder Lückenfüllung handelt (was wiederum davon abhängt, ob die «Wortlautgrenze» überschritten wird).

Wird die Grenze des möglichen Wortlauts hingegen nicht verlassen, so liegt keine teleologische Reduktion vor: «Die Hauptform der teleologischen Reduktion, die teleologische Restriktion, grenzt methodisch unmittelbar an die restriktive Auslegung. In beiden Fällen liegt der Massstab für die enge Auslegung in der Norm selbst, nicht in einer anderen gesetzlichen Regelung (...). Die teleologische Reduktion ist dadurch gekennzeichnet, dass sie die innere Wortlautgrenze unterschreitet. Demgegenüber tritt bei der restriktiven Auslegung lediglich der grammatikalische Aspekt gegenüber der Gesamtheit der inhaltlichen Kanonelemente (ratio legis) zurück, das Ergebnis ist aber noch mit dem Wortlaut in Einklang zu bringen.»¹⁵⁰

c. Ergebnis

Es ergibt sich also, was Jaun wie folgt beschreibt: «Aus der begrifflichen Umschreibung der teleologischen Reduktion ergibt sich unmittelbar die Abgrenzung gegenüber der restriktiven Gesetzesinterpretation: Während bei der

149 HAUSHEER/JAUN, Reduktion, S. 502.

150 EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 ZGB N 411.

Ersteren die Wortsinngrenze nach Massgabe der einschlägigen ratio legis unterschritten wird, indem ein positiver Kandidat, der unzweideutig dem Begriffskern zugehörig ist, aus dem Anwendungsbereich einer insoweit eindeutigen Gesetzesvorschrift ausgeklammert wird, bezieht sich die restriktive Auslegung auf den Fall, dass neutrale Kandidaten, die dem Begriffshof einer mehrdeutigen Norm zugehörig sind, nicht subsumiert werden, der Wortsinne mit anderen Worten auf den Begriffskern eingeschränkt wird.»¹⁵¹

78 Nach dem Ausgeführten nicht ganz zutreffend – oder jedenfalls missverständlich – sind also die Ausführungen des Bundesgerichts, soweit sie nahelegen, der «erste Schritt» der teleologischen Reduktion, nämlich die Nicht-Anwendung einer Norm entgegen dem, was ihr Wortlaut vermuten lässt, sei (nur) Auslegung¹⁵² und erst der «zweite Schritt», in dem allenfalls eine andere

151 JAUN, S. 30 (Herv. wegg.). Vgl. aber RIEMER, Reduktion, S. 176: «[E]ine Begründung ..., die entscheidend auf einer (blossen) Auslegung des Gesetzes beruht ([das heisst] nicht auf Lückenfüllung): die [so genannte] teleologische Reduktion. Nach dieser Lehre geht es darum, «einen verglichen mit der Teleologie des Gesetzes zu weit gefassten, somit undifferenzierten Wortsinn einer Norm contra verba legis, gegen den klaren Wortsinn des Gesetzes auf den Anwendungsbereich zu reduzieren, welcher der mit Hilfe aller sonstigen Auslegungsmittel eruierten ratio legis entspricht.» Es gehe also zwar um Auslegung, aber doch um Rechtsfindung gegen den klaren Wortlaut des Gesetzes. Wiederum RIEMER, Einleitungsartikel, § 4 N 73, wo er die teleologische Reduktion jedenfalls nicht mehr als Auslegung betrachtet: «Insbesondere aus [BGE 121 III 219] ergibt sich aber deutlich der Unterschied [der teleologischen Reduktion] zur Auslegung, namentlich zum teleologischen Auslegungselement: Es geht bei der teleologischen Reduktion recht eigentlich um eine (wesentliche) Korrektur des Gesetzes, [das heisst] um ein Abweichen vom Sinn (Inhalt) des Gesetzes ... und nicht bloss um ein Abweichen von einem den Sinn der Norm nicht richtig wiedergebenden Wortlaut mit Hilfe (unter anderem) des teleologischen Auslegungselements». Auch nach KRAMER, Reduktion, S. 65 f., geht es um Rechtsfindung «gegen den klaren Wortsinn des Gesetzes», also um Lückenfüllung: Er erwähnt «die Figur der «teleologischen Reduktion», bei der es darum geht, einen verglichen mit der Teleologie des Gesetzes zu weit gefassten, somit undifferenzierten Wortsinn einer Norm – contra verba legis, gegen den klaren Wortsinn des Gesetzes – auf den Anwendungsbereich zu reduzieren, welcher der mit Hilfe aller sonstigen Auslegungsmittel eruierten ratio legis entspricht.»

152 So könnte man es verstehen, wenn das Bundesgericht in BGE 128 I 34 Erw. 3. b am Ende S. 42 ausführt: «Der Lückenbegriff taugt diesfalls erst, wenn die teleologische Reduktion des Wortsinns ergibt, dass die positive Ordnung einer Regelung entbehrt, mithin eine verdeckte – aber echte – Lücke aufweist, die im Prozess der richterlichen Rechtschöpfung zu schliessen ist. Wo jedoch der zu weit gefasste Wortlaut durch zweckgerichtete Interpretation eine restriktive Deutung erfährt, liegt ebenso Gesetzesauslegung vor wie im Fall, wo aufgrund teleologischer Reduktion eine verdeckte Lücke festgestellt und korrigiert wird.» Denn einerseits wird die teleologische Reduktion insgesamt als Form der Gesetzesauslegung bezeichnet, andererseits könnte man die Ausführungen so verstehen, dass Lückenfüllung erst beginne, wenn die Lücke einmal aufgedeckt ist, was durch Auslegung geschieht.

Regel angewendet wird, sei Lückenfüllung.¹⁵³ Für die «Zulässigkeit» eines Rechtsfindungselements kommt es wie ausgeführt allein darauf an, ob der noch mögliche Wortsinn des Gesetzes eingehalten ist; es ist kein Argument ersichtlich, wieso das hier, also zumindest beim «ersten Schritt» der teleologischen Reduktion, anders sein sollte. Die Nichtanwendung der auf den ersten Blick anwendbaren Norm ist also dann Auslegung, wenn sich dies mit dem noch möglichen Wortsinn verträgt, und sie ist dann Lückenfüllung, wenn sich dies mit dem noch möglichen Wortsinn nicht mehr verträgt; entscheidend ist also, ob ein Fall aus dem Anwendungsbereich ausgeschieden wird, der im Begriffshof ist und nicht im Begriffskern.¹⁵⁴

Besteht also keine «Methoden-Grenze», sondern weiterhin nur die Grenze des noch möglichen Wortsinns, muss nicht geprüft werden, ob die Nichtanwendbarkeit des Artikels 9 UWG auf die vertragliche Rechtsfolge der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen teleologische Reduktion ist oder nicht (oder ob sie nur restriktive Auslegung ist). Es muss nur geprüft werden, ob damit der noch mögliche Wortsinn des Gesetzes überschritten wird. Ist das der Fall, so handelt es sich um Lückenfüllung¹⁵⁵ (und gleichzeitig um teleologische Reduktion), sodass für diese Annahme die entsprechenden Voraussetzungen vorliegen müssen.¹⁵⁶ Ist das nicht der Fall, müssen diese zusätzlichen Voraussetzungen nicht vorliegen; es ist nur – aber immerhin – zwischen den Ergebnissen der einzelnen Auslegungselemente zu entscheiden.

Geprüft werden muss also, ob die Nichtanwendung des Artikels 9 UWG mit dem Wortlaut des Gesetzes – namentlich also des Artikels 9 UWG (dem Verweisungsobjekt) und des Artikels 8 UWG (der Verweisungsnorm) – vereinbar ist.

153 Vgl. allerdings CANARIS, Lücken, Vor § 140 (S. 148), der – mit Verweis auf § 65 (S. 73) – darauf hinweist, dass es methodisch regelmässig nur ein Vorgang ist, es aber psychologisch zwei Vorgänge sind.

154 Wie es, wie bereits erwähnt, Canaris vorschlägt, vorn N 73. Vgl. aber FORSTMOSER/VOGT, § 15 N 69: «Eine Ausnahmelücke «entdeckt» das Gericht meistens aufgrund einer teleologischen Auslegung der betreffenden Norm: Durch Auslegung wird klar, dass die Norm – entgegen ihrem Wortlaut – auf einen bestimmten Sachverhalt richtigerweise nicht angewandt wird.» Eben nur «meistens» – und nicht stets – ergibt sich die Lücke schon aus Auslegung und nicht ihrerseits aus Lückenfüllung.

155 Nämlich das Füllen einer «Ausnahmelücke»: «Eine Ausnahmelücke ... liegt vor, wenn das Gesetz aufgrund des möglichen Wortsinns einer Norm zwar eine Antwort bereithält, dieser Wortsinn aber zu weit geht, sodass die Norm Fälle erfasst, die sie nicht erfassen sollte. Sie enthält eine notwendige Ausnahme, eine Differenzierung nicht. Die Lücke liegt im Fehlen einer Bestimmung, einer Ausnahmeregelung» (FORSTMOSER/VOGT, § 15 N 68; vgl. auch N 89, N 139 und N 154).

156 Zu diesen im Einzelnen hinten N 499 ff.

Und, falls das bejaht wird, ob die Unwirksamkeit ex lege mit dem Wortlaut des Gesetzes vereinbar ist.¹⁵⁷

II. Vereinbarkeit mit dem Wortlaut

- 81 Nach dem Ausgeführten kommt es also allein darauf an, ob die Annahme, die vertragliche Rechtsfolge der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen ergebe sich nicht aus Artikel 9 UWG, mit dem Wortlaut des Gesetzes (noch) vereinbar ist.

1. Möglichkeit einer Wortlautgrenze

- 82 Vorn wurde ausgeführt, dass keine «Methoden-Grenze» besteht, sondern dass die «herkömmliche» Grenze zwischen Auslegung und Lückenfüllung auch für die Frage relevant ist, ob eine «teleologische Einschränkung» einer Norm «zulässig» ist. Dabei wurde einmal angenommen, diese Grenze sei der Wortlaut. Teilweise wird jedoch angenommen, aus dem Wortlaut einer Norm könnten sich keine Grenzen ergeben.¹⁵⁸ Dann könnte man nicht entscheiden, ob ein Fall vom «klaren Wortlaut» des Gesetzes erfasst wird, also im Begriffskern des Gesetzes (und seiner Begriffe) ist;¹⁵⁹ und ebenso wenig, ob er innerhalb des «noch möglichen Wortsinns», also (immerhin) im Begriffshof des Gesetzes (und seiner Begriffe), ist (es sich also um Auslegung, nicht um Lückenfüllung handelt).
- 83 Canaris weist aber auf die «Verschiedenheit der methodischen Vorgänge, die mit der Überschreitung des Wortlautes beginn[t]», hin.¹⁶⁰ Auch Bydlinki nimmt an, «dass es ungeachtet der teilweise bestehenden strukturell-logischen

157 Denkbar ist also auch, dass die Nichtanwendung einer Norm – die teleologisch motivierte Einschränkung ihres Anwendungsbereichs – zwar Auslegung, das Finden der dann anzuwendenden Norm aber Lückenfüllung ist. Das ist gerade hier denkbar: Wird Art. 9 UWG durch Auslegung nicht angewendet, könnte eine Regel über die vertragliche Rechtsfolge fehlen, was im Sinne eines allgemeinen negativen Satzes die Geltung des Vertrages nach Art. 1 OR zur Folge hätte. Da dies aber dem «Plan des Gesetzes» – der sich namentlich im (möglicherweise eben nicht unmittelbar anwendbaren [dazu hinten N 263 ff.]) Art. 20 Abs. 1 OR zeigt – nicht entsprechen dürfte, ist durch Lückenfüllung – namentlich durch analoge Anwendung von Art. 20 Abs. 1 OR – die Unwirksamkeit des Vertrages anzunehmen.

158 Vgl. die Hinweise bei HONSELL, BaKomm, Art. 1 ZGB N 12, und bei EMMENEGGER/TSCHECHTSCHER, Art. 1 ZGB N 232.

159 Ist er innerhalb des klaren Wortlauts, soll eine (weitere) Auslegung – vorbehaltlich triftiger Gründe – ausgeschlossen sein. Dazu hinten N 99 ff.

160 CANARIS, Lücken, § 9 (S. 21); § 10 Abs. 2 (S. 23) mit dem Hinweis, dass die Tatsache, dass die Abgrenzung fließend ist und sich «mitunter ähnliche methodische Vorgänge» abspielen, daran nichts ändert.

Übereinstimmung der Denkvorgänge aus rechtlichen Gründen notwendig ist, für die juristische Methodenlehre an der Wortsinnngrenze festzuhalten»¹⁶¹. Auch Emmenegger/Tschentscher weisen zusätzlich auf rechtliche Gründe für das Festhalten an der Wortlautgrenze hin.¹⁶²

Allein, dass eine Wortlautgrenze möglich ist, heisst allerdings noch nicht, dass es auch sinnvoll und (entsprechend Artikel 164 BV und Artikel 1 ZGB) richtig ist, die Abgrenzung zwischen Auslegung und Lückenfüllung gerade dort zu ziehen. Immerhin legt aber bereits Artikel 1 Absatz 1 ZGB nahe, dass dem Wortlaut im Rahmen der Rechtsfindung eine besondere Bedeutung zukommt; und nach Artikel 14 Absatz 1 PubLG werden «Texte» publiziert, und auch Artikel 15 Absatz 1 Satz 2 PubLG erwähnt «Texte».¹⁶³ Deshalb ist hier an der Wortlautgrenze festzuhalten.

2. Anwendung

Es ist also zu untersuchen, ob die Annahme, die vertragliche Rechtsfolge der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen ergebe sich nicht aus Artikel 9 UWG, mit dem Wortlaut oder dem noch möglichen Wortsinn des Gesetzes vereinbar ist.

Die normative Zuständigkeit des Artikels 9 UWG wurde aufgrund des Wortlauts und der Systematik wie folgt begründet: Das Verwenden missbräuchlicher Geschäftsbedingungen ist unlauter, damit widerrechtlich, und damit führt das Verhalten des AGB-Verwenders zu einer Verletzung des Konsumenten durch unlauteren Wettbewerb (was wiederum die von Artikel 9 UWG vorgesehenen Rechtsfolgen auslöst).¹⁶⁴

Die Tatbestände der Artikel 2-7 UWG erfassen tatsächliche Handlungen und Zustände.¹⁶⁵ Auch der (äussere) Bestand eines Vertrages ist auf Handlungen zurückzuführen, nämlich auf Antrag der einen und Annahme der anderen Partei. Darin besteht aber auch schon der erste Unterschied: Während grundsätzlich die Handlung des Verletzers genügt, ist hier auch eine Handlung

161 BYDLINSKI, Methodenlehre, S. 468.

162 EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 ZGB N 240: Analogieverbot im Strafrecht; N 241: Prinzip der Gesetzesbindung (wobei wohl ein «Prinzip der Gesetzesbindung» nicht notwendigerweise ein «Prinzip der Gesetzeswortlautbindung» sein muss).

163 Vgl. auch den 4a. Abschnitt (vor Art. 13) des PubLG, wonach weitere *Texte* veröffentlicht werden können. Andererseits kommt es nach Art. 12 Abs. 1 PubLG und Art. 58 Abs. 1 ParlG auf den *Sinn*, nicht den *Text* an (da dieser an jenen angepasst werden kann).

164 Im Einzelnen vorn N 9 ff. Diese Begründung gilt auch für Art. 20 Abs. 1 OR (hinten N 263 [allerdings im Zusammenhang mit der Frage nach dem Umfang der Unwirksamkeit]); könnten sowohl Art. 9 UWG wie Art. 20 Abs. 1 OR zuständig sein, würde Art. 9 UWG aber wohl als *lex specialis* vorgehen.

165 Dazu vorn N 29 ff. und vorn N 58.

des Verletzten nötig (eben die Annahme des Vertrages oder das Stellen eines Antrages aufgrund einer *invitatio ad offerendum*). Der Begriff der Verletzung (Artikel 9 Absatz 1 litera b UWG) ist also nicht mehr ganz passend, hat doch der Konsument dem Vertrag zugestimmt. Immerhin könnte in einem möglichen «Durchsetzungs-Versuch» des AGB-Verwenders eine drohende Verletzung gesehen werden.¹⁶⁶ Auch der Begriff des «Verwendens» des Artikels 8 UWG passt aber nur beschränkt auf die hier zu klärende Situation des äusseren Bestandes eines Vertrages. Denn Verwenden ist eben die Handlung, die erst zum (äusseren) Bestand des Vertrages führte, diese *ist* aber nicht der Vertrag selber, dieser damit auch nicht die Verletzung im Sinne von Artikel 9 Absatz 1 litera b UWG.

88 Die Annahme, dass Artikel 9 UWG nicht normativ zuständig ist, die vertragliche Rechtsfolge der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen zu regeln (also die «negative Seite» dieser Rechtsfindung), scheint damit mit dem Wortlaut der Artikel 8 und 9 UWG vereinbar. Diese Annahme ist damit Auslegung des Gesetzes und nicht Lückenfüllung. Sie ist also zulässig, auch wenn keine Lücke vorliegt. Es kann also offenbleiben, ob eine Lücke vorliegt.

89 Es bleibt zu untersuchen, ob die Annahme einer Unwirksamkeit ex lege – statt einer sich aus Artikel 9 UWG ergebenden Anfechtbarkeit – (also die «positive Seite» dieser Rechtsfindung) mit dem Wortlaut oder dem noch möglichen Wortsinn des Gesetzes vereinbar ist.

90 «Ein Vertrag, der einen ... widerrechtlichen Inhalt hat ..., ist nichtig.»¹⁶⁷ Die herrschende Lehre geht davon aus, dass Verträge, die Artikel 8 UWG verletzen, entsprechend nichtig sind.¹⁶⁸ Ob dies zutrifft, muss hier nicht entschieden werden. Es genügt, dass es mit dem Wortlaut des Gesetzes, also der Artikel 8 und 2 UWG und 20 Absatz 1 OR, vereinbar ist. Dazu ist also zu fragen, ob ein Vertrag, der Artikel 8 UWG verletzt, zumindest im Begriffshof eines «Vertrages, der einen widerrechtlichen Inhalt hat», liegt. Artikel 8 UWG erfasst – wie Artikel 20 OR – Schranken der Vertragsfreiheit bei Verträgen, die auch wegen eines mangelhaften oder eingeschränkten Willens einer Partei – namentlich einer «Take it or leave it»- Situation – geschlossen wurden (auch wenn der Willensmangel nicht Tatbestandsvoraussetzung, sondern nur [wenn auch nicht einziger] Grund der AGB-Kontrolle nach Artikel 8 UWG ist).¹⁶⁹ Verboten wird durch Artikel 8 UWG also zwar das Verwenden missbräuchlicher Geschäftsbedingungen (also nicht der «Inhalt» des Vertrages); «anstössig» ist

166 Vgl. schon vorn Fn. 44.

167 Art. 20 Abs. 1 OR.

168 HEISS, Art. 8 UWG N 242.

169 Vgl. vorn N 48 ff.

aber vor allem das Ergebnis, nämlich der (äussere) Bestand eines Vertrages mit einem solchen Inhalt – gerade deshalb werden AGB ja kontrolliert. Es ist also mit dem Wortlaut des Artikels 20 Absatz 1 OR vereinbar, ihn für einen Vertrag, der Artikel 8 UWG verletzt, als normativ zuständig zu erachten.¹⁷⁰ Genauso, wie oben darauf hingewiesen wurde, dass ein solcher Vertrag *nur* im Begriffshof einer «Verletzung» nach Artikel 9 Absatz 1 litera b UWG liegt, kann man also begründen, dass ein solcher Vertrag *immerhin* im Begriffshof des «widerrechtlichen Inhalts» des Artikels 20 Absatz 1 OR liegt.¹⁷¹

Sowohl das Nichtanwenden des Artikels 9 UWG als auch die Annahme einer Unwirksamkeit ex lege sind also mit dem Wortlaut des Gesetzes vereinbar. Es handelt sich also um Auslegung, nicht um Lückenfüllung, sodass offenbleiben kann, ob eine Lücke vorliegt – genauer: ob die Annahme, dass Verträge, die Artikel 8 UWG verletzen, (nur) anfechtbar seien, eine planwidrige Unvollständigkeit wäre.

Für die Frage, mit welchen Mitteln das Recht zu finden ist, spielt es im Übrigen keine Rolle, wo die Grenze zwischen Auslegung und Lückenfüllung ist und ob diese mit der Annahme einer Unwirksamkeit ex lege von Verträgen, die Artikel 8 UWG verletzen, bereits überschritten ist. Denn die Auslegung und die Lückenfüllung folgen den gleichen Regeln.¹⁷² Methodisch spielt es also keine Rolle, ob ein gefundenes Ergebnis mit dem noch möglichen Wortlaut vereinbar ist.

170 Der «Inhalt» nach Art. 20 Abs. 1 OR wird denn auch weit verstanden, sodass er auch den «widerrechtlichen Abschluss» erfasst (vgl. nur GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 640 ff.; HUGUENIN/MEISE, Art. 19/20 OR N 17 Ziff. 2). Vgl. dazu auch hinten N 263 ff.

171 Vgl. aber HEISS, Art. 8 UWG N 243 f.: «[D]ie Verwendung missbräuchlicher AGB ist nach Art. 8 UWG «unlauter»; unlauteres Verhalten ist nach Art. 2 UWG «widerrechtlich»; und ein Vertrag, der einen widerrechtlichen Inhalt hat, ist nach Art. 20 Abs. 1 OR «nichtig». Diese vermeintlich geradlinige Argumentation weist allerdings eine Lücke auf, weil aus dem unlauteren Verhalten noch nicht auf einen widerrechtlichen «Vertragsinhalt» geschlossen werden kann.» Doch geht auch er davon aus, dass «Art. 8 UWG ... jedenfalls in seiner neuen Fassung nicht (nur) das Stellen der (missbräuchlichen) AGB [missbilligt], sondern gerade deren Inhalt» (N 244).

172 «Der Balancegedanke des Prinzips der Gewaltenteilung bestimmt nicht allein die Gesetzesauslegung im herkömmlichen Sinn, sondern führt darüber hinaus zur Massgeblichkeit der bei der Auslegung gebräuchlichen Methoden auf den Bereich richterlicher Rechtsschöpfung» (BGE 121 III 219 Erw. 1. d. cc S. 224 f.). Bei der Rechtsfindung kann also die Grenze zur Lückenfüllung überschritten werden, ohne dass dies besonders auffallen würde; deshalb wurde hier gesondert geprüft, ob dies hier der Fall war. Vgl. hingegen SCHLUEP, Recht, S. 247 (Herv. wegg.): «Auch wenn die Unterscheidung zwischen Auslegung und Lückenfüllung im schweizerischen Recht nur unter spezifischen Gesichtspunkten relevant ist, bestehen doch erhebliche Unterschiede in der Art der Normfindung.» Vgl. auch VOGT, Handelsregister, § 1 N 348: «Das traditionelle methodische Modell – Feststellung des Schweigens, Ermittlung der Bedeutung des Schweigens, Schaffung einer Regel zwecks Behebung der Unvollständigkeit der

§6 Verhältnis der Rechtsfindungselemente («Methodenpluralismus»)

I. Problemstellung; Lehre

- 93 Die bisherige Auslegung hat widersprüchliche Ergebnisse gezeigt. Wortlaut und Systematik sprechen für die normative Zuständigkeit des Artikels 9 UWG, also für die Anfechtbarkeit eines Vertrages, der Artikel 8 UWG verletzt. Die teleologische Auslegung spricht für eine Unwirksamkeit ex lege des Vertrages (ohne dass klar gesagt werden kann oder muss, ob diese sich dann aus Artikel 8 UWG oder aus Artikel 20 Absatz 1 OR ergibt). Es stellt sich die Frage, was angesichts dieser Ausgangslage das Ergebnis der Rechtsfindung sei soll.
- 94 Emmenegger/Tschentscher zeigen drei Möglichkeiten auf für das Verhältnis der Auslegungselemente zueinander.¹⁷³ Erstens die Annahme einer «subsidiären Stufenordnung»: «Sofern auf der ersten Stufe [also mit dem ersten Auslegungselement] ein eindeutiges Ergebnis ermittelt werden kann, erübrigt sich die Auslegung auf den nachgehenden Stufen.»¹⁷⁴ Zweitens die Annahme einer «punktuellen Vorrangordnung»: «Die einzelnen Gesichtspunkte [der Auslegung] können ... in verschiedene Sinnrichtungen weisen. Regelmässig sind dann die einzelnen Auslegungselemente zu gruppieren und gegeneinander abzuwägen. Treten in diesem Prozess bestimmte Elemente-Konstellationen auf, so sind sie gemäss dem Modell der punktuellen

positiven Rechtsordnung – zwingt diesen Auslegungsprozess in ein Korsett: Es zwingt dazu, einen naturgemäss kontinuierlichen Prozess zu segmentieren und mit Zwischenentscheiden – etwa über die Bedeutung eines zuvor festgestellten Schweigens – zu unterbrechen.» Er zieht daraus allerdings den Schluss, dass diese Grenzen gar nicht «ausfindig zu machen und offen zu legen» sind (§ 1 N 352). Nach ihm kommt es darauf an, «ob und wie eng und zwingend die vom Gesetz mit Schweigen bedachte Regel an die positive Rechtsordnung angeknüpft werden kann» (§ 1 N 335 [Herv. wegg.]). Vorliegend kann aber deshalb das «traditionelle methodische Modell» angewandt werden, weil die Grenze zur Lückenfüllung ohnehin nicht überschritten wird, die Frage, ob diese Grenze besteht und was gegebenenfalls ihre Bedeutung ist, sich also gar nicht stellt.

173 EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 ZGB N 182.

174 EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 ZGB N 184 ff. So auch BYDLINSKI, Methodenlehre, S. 556, der vorschlägt, «die einfachere Methode zunächst zu versuchen und zu der schwierigeren erst überzugehen, wenn mit Hilfe der ersteren das gestellte Problem nicht zu lösen war». Vgl. allerdings wiederum S. 561, wo er den Fall vorbehält, «dass zwar ein relativ klares, [das heisst] mit mindestens überwiegenden Argumenten zu stützendes sprachliches Ergebnis bereits erzielt wurde, dieses aber erkennbar im Widerspruch zu den «objektiv-teleologischen» Kriterien der Rechtsidee steht», es «ohne sachlich verständliche Rechtfertigung unvereinbar mit den sonst in der Rechtsordnung anerkannten Wertungen [ist]» oder sich «als klar unzweckmässig [erweist]».

Vorrangordnung entscheidend für das Auslegungsergebnis. Welche Konstellationen das Auslegungsergebnis determinieren, wird im Einzelnen unterschiedlich beantwortet. So wird etwa vertreten, für objektiv-teleologische Erwägungen sei kein Raum, wenn «der eindeutige Wortsinn mit dem vom Gesetzgeber Gewollten übereinstimmt.»¹⁷⁵ Drittens ein «Abwägungsmodell»: «Im Abwägungsmodell sind ... die Auslegungselemente Argumente im juristischen Entscheidungsprozess, sie sind jeweils zu gewichten und gegeneinander abzuwägen.»¹⁷⁶ Sie sprechen sich für das «Abwägungsmodell» aus, bei dem «Gewichtung und Zusammenspiel [der Auslegungselemente als Argumente] ... sich zwangsläufig am Einzelfall orientieren [müssen]».¹⁷⁷ Dabei kann «je nach den Umständen der Interpretationsaufgabe das einzelne Auslegungselement starke, schwache oder gar keine Anhaltspunkte liefern».¹⁷⁸

Auch Walter erwähnt zunächst zwei Methoden: «Die erste [Methode zur Lösung des Konflikts zwischen den Rechtsfindungselementen] wägt die im Einzelfall massgebenden Kriterien gegeneinander ab und trifft die Entscheidung danach, wie viele von ihnen für die eine oder die andere Lösung sprechen und welches Gewicht sie haben. Die andere entwickelt generelle Regeln über eine hierarchische Ordnung der Elemente und propagiert eine Entscheidung nach der Priorität des Rangs.»¹⁷⁹ Weiter weist er darauf hin, es sei «längst kaum mehr streitig, dass wertende Grundsätze, die flexibel nach einem Mehr oder Weniger fragen, den Vorzug vor jedem starren Schwarz-Weiss-Schema verdienen. Angezeigt ist daher auch hier eine Methodenkombination.»¹⁸⁰ Schliesslich kommt auch er zu einem «Abwägungsmodell»: «[Die Auslegungselemente] sind ... zur Ermittlung des massgebenden Rechtssinns einer Norm – um nicht der Billigkeitsjurisprudenz anheimzufallen – vorerst nach einer aus dem Prozessgegenstand gewonnenen generellen Problemstellung zu gruppieren, zu gewichten und einander gegenüberzustellen. Sodann ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die zu beachtenden Elemente ihrerseits qualitativ abstufbar sind, d.h. sich für die Entscheidung der konkreten Rechtsfrage mit grösserer oder geringerer Intensität aufdrängen. Ihre Tragweite im Einzelfall wird daher nicht allein durch systembildende Prinzipien bestimmt, sondern ebenso durch ihren jeweiligen Stärkegrad. Fallbezogen sind damit

175 EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art.1 ZGB N 187 ff.

176 EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art.1 ZGB N 191 ff.

177 EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art.1 ZGB N 203.

178 EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art.1 ZGB N 204.

179 WALTER, Methodenpluralismus, S. 163.

180 WALTER, Methodenpluralismus, S. 163.

starke und schwache Elemente zu scheiden, und erst ihre Kombination nach Zahl und Stärke erlaubt eine sachgerechte Gewichtung im Zusammenspiel.»¹⁸¹

96 Und auch nach Forstmoser/Vogt «entscheidet [das] Gewicht [der Auslegungselemente] im Einzelfall: Ein eindeutiger Wortlaut wiegt schwerer als einer, der mit allen Auslegungsvarianten vereinbar ist; das historische Auslegungselement fällt viel stärker ins Gewicht, wenn den Gesetzesmaterialien eine unzweideutige Stellungnahme und nicht bloss eine vage Andeutung zu entnehmen ist; teleologische Überlegungen schliesslich wiegen dann besonders schwer, wenn die auszulegende Norm in ihrem Zusammenhang ein ganz bestimmtes, konkretes Ziel verfolgt.»¹⁸²

97 Auch Canaris spricht sich zusammenfassend für eine Abwägung der Auslegungselemente aus. Sie können «als schwach oder stark bezeichnet und im Konfliktfall gegeneinander abgewogen» werden. «So mag etwa ein «schwaches» Wortlautargument hinter einem starken «systematischen» Argument ..., eine beiläufige und undurchdachte Bemerkung in den Gesetzesmaterialien hinter einem überzeugungskräftigen objektiv-teleologischen Gesichtspunkt zurückzutreten haben ... Dabei handelt es sich um eine Lösung im Wege der *Abwägung*».¹⁸³ Die «Auslegungskriterien [fungieren] ... ähnlich wie (blosse) «Prinzipien»», sie sind «einer Abstufung und Gewichtung zugänglich und bedürftig» und es handelt sich «nicht um Lösungen nach dem Schema «ja/nein» [beziehungsweise] «entweder/oder», sondern um komparative Sätze in der Form «je mehr und je stärker[,] desto eher»».¹⁸⁴

181 WALTER, Methodenpluralismus, S. 164 f. Zustimmend SCHLUEP, Rechtstheorie, N 2352 f.

182 FORSTMOSER/VOGT, § 19 N 155.

183 CANARIS, Auslegungskriterien, S. 58 (Herv. i.O.). Vgl. auch LARENZ/CANARIS, S. 166: «Das jeweilige Gewicht der verschiedenen Kriterien hängt nicht zuletzt davon ab, was sie im einzelnen Fall hergeben.» Vgl. auch HÖHN, S. 304 (N 117) (Herv. wegg.): «Massgebend für die Entscheidungsfindung ist allein das Gewicht, welches einem Kriterium oder Argument im konkreten Fall ... zukommt. Dieses Gewicht hängt zunächst von der Aussagekraft der Auslegungsquellen in diesem konkreten Fall ab.» (Und zu den Massstäben, um zwischen den Argumenten zu entscheiden, S. 291 ff.)

184 CANARIS, Auslegungskriterien, S. 59. Er weist allerdings auch auf gewisse «Vorrangregeln» hin, bei denen eine Abwägung keinen Raum hat (S. 59 und im Einzelnen S. 50 ff.), die für die vorliegend gestellten Fragen allerdings keine Bedeutung haben. Zumindest einige dieser Vorrangregeln sind aber wohl eher Vorrangregeln innerhalb eines Auslegungselements, das nicht davon befreit (oder daran hindert), das Ergebnis dieses Elements dann mit denen aus anderen Elementen abzuwägen; EMMENEGGER/TSCHECHSCHER, Art. 1 ZGB N 190, verstehen diese «Vorrangregeln» aber als Gegensatz zum «Abwägungsmodell».

II. Bundesgericht

Das Bundesgericht folgt einem «pragmatischen Methodenpluralismus»:185 98
 «Gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis aus der ratio legis. Dabei befolgt das Bundesgericht einen pragmatischen Methodenpluralismus und lehnt es namentlich ab, die einzelnen Auslegungselemente einer hierarchischen Prioritätsordnung zu unterstellen.»186 In der Lehre wird dieser teilweise unterstützt, teilweise abgelehnt.187

185 Kritisch zum Begriff und wohl auch zum Inhalt HAUSHEER/JAUN, Reduktion, S. 506 Fn. 24: «Das Bundesgericht bezeichnet seine Vorgehensweise bisweilen als «pragmatischen Methodenpluralismus» (u. a. BGE 121 III 225). Das ist insofern irreführend, als es nicht um ein Nebeneinander verschiedener Methoden der Auslegung geht, sondern um einen Elementenpluralismus im Sinne einer weitgehend fehlenden Hierarchie der Auslegungselemente, der sich jedoch immer innerhalb eines bestimmten Auslegungsziels bewegt.» Vgl. auch HAUSHEER/JAUN, SHK, Art. 1 ZGB N 120 f. Zustimmung aber EMMENEGGER/TSCHECHENSCHER, Art. 1 ZGB N 201: «Der pragmatische Methodenpluralismus überzeugt in mehrfacher Weise»; sie gehen zudem davon aus, er entspreche dem von ihnen befürworteten «Abwägungsmodell» (vgl. N 203, erster Satz). In BGE 139 III 225 Erw. 2.2 S. 230 ist die Rede von einem «pragmatisch orientierte[n] Methodenpluralismus».

186 BGE 121 III 219 Erw. 1.d.aa S. 225. SCHLUEP, Recht, S. 231, erachtet den (in diesem Entschied verwendeten) «Satz, massgebend sei eine «sachlich richtige» Lösung», als «wenig substantiell». Er verweist auf Burckhardt, nach dem «[d]er Rechtsanwender «das tun [muss], was der Gesetzgeber hätte tun müssen, wenn er, wie es seine Aufgabe gewesen wäre, den Widerspruch gelöst oder vermieden hätte»» (S. 246); er sieht darin mit MEIER-HAYOZ (BeKomm, Art. 1 ZGB N 257, N 262 ff., N 267) eine «Erkenntnislücke», da «der Gesetzgeber eine Regelung getroffen hat, die angesichts verschiedener Auslegungsergebnisse richterlich ergänzt werden muss» (S. 247). Ebenso gut könnte man wohl annehmen, eine Lücke bestehe (nicht nur bei einer bestimmten Norm, sondern allgemein) darin, dass der Gesetzgeber keine Regeln über die Entscheidung zwischen Auslegungsergebnissen vorsieht (sondern in Art. 1 Abs. 1 ZGB eben nur ausführt, dass auszulegen ist). Immerhin wäre bei Art. 8 UWG denkbar, dass der Gesetzgeber mit Erlass eines Zweckartikels (Art. 1 UWG) anordnete, dass dem teleologischen Element besonderes Gewicht zukommt (vgl. dazu HEIZMANN, UWG-Kommentar, Art. 1 N 4 und N 58 [«Durch die Kodifizierung des Gesetzeszwecks erhalten das teleologische und das systematische Auslegungselement grösseres Gewicht in der Rechtsanwendung»]). Methodisch heisst das also, dass die Entscheidung zwischen Auslegungsergebnissen nicht durch Auslegung geschehen kann (was ja naheliegt, hat die Auslegung doch eben zu widersprüchlichen Möglichkeiten geführt), sondern nun «Lückenfüllung» nötig ist, was eine Betrachtung weiterer Rechtsfindungselemente erlaubt. Welche Kriterien im Rahmen dieser Lückenfüllung relevant sind, ergibt sich allerdings auch daraus nicht. Dazu, dass solche «Metanormen» denkbar sind, vgl. SCHLUEP, Recht, S. 236, und SCHLUEP, Rechtstheorie, N 2431 («Dem Gesetzgeber bleibt es unbenommen, ... Regeln vorzuschreiben, mittels deren der Rechtsanwender unter eine methodologische Sollensordnung gestellt wird»), auch N 2452 f.

187 Vgl. die Hinweise bei EMMENEGGER/TSCHECHENSCHER, Art. 1 ZGB N 198 ff. und bei SCHLUEP, Recht, S. 233 ff.

III. Der Vorrang des Wortlauts

1. Bundesgerichtliche Rechtsprechung

99 Das Bundesgericht ging und geht teilweise davon aus, dem Wortlaut komme eine Vorrangstellung zu. Ist das der Fall, so entspricht – entgegen Emmenegger/Tschentscher¹⁸⁸ – ein «Abwägungsmodell» nicht oder sicher nur eingeschränkt¹⁸⁹ der bundesgerichtlichen Ansicht.

100 «Auszugehen ist ... von der konstanten Praxis, wonach die Auslegung vom klaren Wortlaut eines Rechtssatzes nur dann abweichen darf, wenn triftige Gründe dafür bestehen, dass er nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt. ... Entscheidend ist danach nicht der vordergründig klare Wortlaut einer Norm, sondern der wahre Rechtssinn, welcher durch die anerkannten Regeln der Auslegung zu ermitteln ist. ... Der Wortlaut allein ... stellt kein Hindernis dar, selbst wenn er klar ist. Bestehen triftige Gründe dafür, dass er den wahren Rechtssinn einer Vorschrift – die *ratio legis* – nicht wiedergibt, ist nach dem Gesagten zulässig, von ihm abzuweichen und die Vorschrift entsprechend zu deuten.»¹⁹⁰

101 Es besteht also eine Bindung an einen *klaren* Wortlaut nur dann, wenn er den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt,¹⁹¹ wobei triftige Gründe dagegen sprechen können, dass der Wortlaut den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt (und, damit ein Abweichen vom klaren Wortlaut zulässig ist, auch müssen). Ob dies der Fall ist, ist durch Auslegung zu ermitteln. Strenger – immerhin für einen *klaren und unzweideutigen* Wortlaut – aber: «An den klaren und unzweideutigen Wortlaut einer Bestimmung ist die rechtsanwendende Behörde grundsätzlich gebunden. Sprechen keine triftigen Gründe für eine vom Gesetzestext abweichende oder ihm gar zuwiderlaufende Auslegung, braucht eine Gesetzesbestimmung nicht weiter ausgelegt zu werden.»¹⁹² Hier weist das Bundesgericht zudem darauf hin, dass eine weitere Auslegung gar nicht stattfinden soll, wenn keine triftigen Gründe für eine vom (klaren und unzweideutigen) Wortlaut abweichende oder ihm gar

188 EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art.1 ZGB N 203.

189 Die Annahme eines Vorrangs des Wortlauts schliesst nicht aus, dass unter den anderen Auslegungselementen – in Fällen, in denen der Wortlaut nicht vorgeht – nach dem «Abwägungsmodell» vorgegangen wird.

190 BGE 111 Ia 292 Erw. 3.b S. 297.

191 SCHLUEP, Recht, S. 231, bezeichnet die Formulierung, dass der «wahre Sinn» massgebend sei, als tautologisch.

192 BGE 126 III 49 Erw. 2.d S. 54; auch BGE 116 II 525 Erw. 2.a. S. 527: «An einen klaren und unzweideutigen Gesetzeswortlaut ist die rechtsanwendende Behörde gebunden, solange der Wortlaut einer Norm deren wirklichen Sinn wiedergibt.»

zuwiderlaufende Auslegung sprechen. Ob das der Fall ist, kann aber wohl erst nach einer Auslegung festgestellt werden, die also dennoch nötig ist,¹⁹³ aber – je nach ihrem Ergebnis – für den wahren Sinn der Bestimmung ohne Bedeutung bleibt.

In späteren Entscheiden betonte das Bundesgericht einen Vorrang des Wortlauts weniger: «Das Gesetz ist in erster Linie aus sich selbst, [das heisst] nach Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zugrundeliegenden Wertungen und Zielsetzungen auszulegen; dabei hat sich die Gesetzesauslegung vom Gedanken leiten zu lassen, dass nicht schon der Wortlaut die Rechtsnorm darstellt, sondern erst das an Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz; gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis aus der ratio legis (...).»¹⁹⁴

In einem späteren Entscheid hob es gar eher das teleologische Element – und nicht mehr den Wortlaut – hervor: «Das Gesetz muss in erster Linie aus sich selbst heraus, das heisst nach dem Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zugrunde liegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode ausgelegt werden. Die Gesetzesauslegung hat sich vom Gedanken leiten zu lassen, dass nicht schon der Wortlaut die Norm darstellt, sondern erst das an Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz. Gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis der ratio legis. Dabei befolgt das Bundesgericht einen pragmatischen Methodenpluralismus und lehnt es namentlich ab, die einzelnen Auslegungselemente einer hierarchischen Prioritätsordnung zu unterstellen (...).»¹⁹⁵

Dennoch betonte es auch in neueren Entscheiden wiederum den Vorrang des Wortlauts: «Ausgangspunkt jeder Auslegung ist der Wortlaut. Vom klaren, [das heisst] eindeutigen und unmissverständlichen Wortlaut darf nur ausnahmsweise abgewichen werden, unter anderem, wenn triftige Gründe dafür vorliegen, dass der Wortlaut nicht den wahren Sinn der Norm wiedergibt. Solche Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmung, aus ihrem Sinn und Zweck oder aus dem Zusammenhang mit anderen

193 FORSTMOSER/VOGT, § 19 N 69: «Nur kann eben überhaupt erst die umfassende Auslegung einer Bestimmung – wenn auch als bloss vorläufige, rein gedankliche – aufzeigen, ob triftige Gründe vorliegen, die allenfalls dafür sprechen, dass der Wortsinn den Normsinn nicht korrekt oder vollständig wiedergibt.»

194 BGE 124 III 229 Erw. 3.c S. 235f. Der Wortlaut (nur) als Ausgangslage auch in BGE 124 III 350 Erw. 2.b S. 352, in BGE 124 III 321 Erw. 2 S. 324 und schon in BGE 102 II 401 Erw. 3 S. 404f.

195 BGE 142 III 557 Erw. 8.3 S. 560f.

Vorschriften ergeben (...).»¹⁹⁶ Weiterhin soll also der *klare* Wortlaut Vorrang haben, wobei dieser der «*eindeutige und unmissverständliche*» Wortlaut sei.¹⁹⁷ Für ein Abweichen sind weiterhin – wenn nun auch nur unter anderem¹⁹⁸ – triftige Gründe nötig.

105 In einem neueren Entscheid forderte das Bundesgericht für den Vorrang des Wortlauts – vorbehältlich triftiger Gründe – einen *ganz klaren* Wortlaut: «Ist der Text nicht ganz klar und sind verschiedene Auslegungen möglich, so muss nach seiner wahren Tragweite gesucht werden unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente.»¹⁹⁹ Es nahm diese Einschränkung der Wortlautbindung aber sogleich wieder zurück: «Vom klaren, [das heisst] eindeutigen und unmissverständlichen Wortlaut darf nur ausnahmsweise abgewichen werden, wenn triftige Gründe dafür vorliegen, dass der Wortlaut nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt.»²⁰⁰

2. Vereinbarkeit mit dem Abwägungsmodell

a. Allgemeines

106 Das Bundesgericht geht also stets davon aus, dem Wortlaut, jedenfalls dem klaren, ganz klaren, eindeutigen oder unmissverständlichen Wortlaut, komme ein Vorrang zu, wobei immerhin auch ein solcher Wortlaut bei triftigen Gründen nicht massgebend ist.²⁰¹ Es fragt sich, ob dies einem Abwägungsmodell entspricht oder zumindest mit einem solchen vereinbar ist.

196 BGE 140 III 616 Erw. 3.3 S. 621.

197 Der «klare und unzweideutige Wortlaut» auch in BGE 131 III 314 Erw. 2.2 S. 315 f.

198 Was denn sonst noch – ausser triftigen Gründen aufgrund der anderen Auslegungselemente – ein Abweichen gestatten sollte, wird allerdings nicht beantwortet. Denkbar wäre ein «Redaktionsversehen», wobei man wohl unterscheiden muss zwischen «formale[n] Fehler[n] oder Formulierungen, die nicht das Ergebnis der parlamentarischen Beratungen wiedergeben» (vgl. Art. 58 ParlG), und «Fehler[n] in Erlassen der Bundesversammlung, die bei der Veröffentlichung entstanden sind» (vgl. Art. 10 Abs. 3 PublG). Ist Grundlage der Auslegung und Rechtsfindung aber der publizierte und erlassene Wortlaut (und zwar der in der Amtlichen Sammlung des Bundesrechts publizierte, Art. 2 ff. und 8 Abs. 1 PublG [und zwar in der elektronischen Fassung, Art. 29 Abs. 3 PublG]), ist auch die Korrektur eines Redaktionsversehens nur als eines von verschiedenen Rechtsfindungselementen zu berücksichtigen. (Ist eine Korrektur entsprechend Art. 58 ParlG oder Art. 10 Abs. 3 PublG erfolgt, ist aber wiederum der korrigierte Text massgebend.) Vgl. zum Ganzen auch HAUSHEER/JAUN, SHK, Art. 1 ZGB N 30. Vgl. zur Verbindlichkeit des in der elektronischen Version der Amtlichen Sammlung des Bundesrechts Publizierten auch die MEDIENMITTELUNG PUBLIKATIONSGESETZ.

199 BGE 140 II 415 Erw. 5.4 S. 421. Vgl. auch BGE 139 III 368 Erw. 3.2, S. 372 f.

200 BGE 140 II 415 Erw. 5.4 S. 421; nicht aber in BGE 139 III 368.

201 Vgl. allerdings BGE 103 Ia 288 Erw. 2.c S. 290 f.: «Da das Gesetz bezüglich des aufgeworfenen Problems weder unklar noch unvollständig ist, bleibt kein Raum für eine Berücksichtigung der Materialien.»

Das Bundesgericht wägt zwar – gezwungenermassen, denn es *muss* die gestellte Rechtsfrage ja beantworten – zwischen den einzelnen Auslegungselementen ab, wenn diese einander widersprechen. Es weist aber regelmässig nicht darauf hin, nach welchen Kriterien es dies tut (sondern erwähnt allenfalls das Ziel dieser Auswahl)²⁰². Es entscheidet sich also nicht ausdrücklich für ein Abwägungsmodell, schliesst ein solches aber auch nicht aus. Immerhin dürfte die Abwägung einander widersprechender Argumente das Vorgehen sein, das bereits intuitiv gewählt wird, sodass angenommen werden darf, auch das Bundesgericht entscheide im Ergebnis nach einem (oder dem) Abwägungsmodell.

b. Kritik an der Vorrang-Theorie

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Vorrang des Wortlauts wird von der Lehre teilweise kritisiert. Nach Honsell ist «[d]ie sens-clair-Regel ..., welche die Auslegung bei klarem Wortlaut verbietet, ... heute trotz gelegentlicher gegenteiliger Anklänge in der Rechtsprechung überholt (...)»²⁰³. Auch Vogt geht davon aus, «dass sich keine Rechtslage jemals allein auf den möglichen Wortsinn einer Bestimmung stützen kann». ²⁰⁴ Einen Vorrang des klaren Wortlauts befürwortet hingegen Jaun.²⁰⁵

202 Nämlich «die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis der *ratio legis*» (BGE 137 IV 249 Erw. 3.2 S. 251). Ob dabei wirklich drei verschiedene Dinge zu suchen sind (das normative Gefüge, die *ratio legis* und schliesslich die – innerhalb dieses Gefüges und auf die *ratio legis* ausgerichtete – sachlich richtige Entscheidung), kann hier offenbleiben.

203 HONSELL, BaKomm, Art. 1 ZGB N 4 Abs. 2. Aber N 16: «Im Übrigen ist der Richter an einen klaren Gesetzeswortlaut grundsätzlich gebunden (...). Um vom Wortlaut abzuweichen, bedarf es eines vernünftigen Grundes (...). Richtig ist also, dass sich der Rechtsanwender über einen klaren Wortlaut nur dann hinwegsetzen darf, wenn eine abweichende *ratio legis* hinreichend begründbar ist.»

204 VOGT, Handelsregister, § 1 N 354.

205 JAUN, Reduktion, S. 110 f.; er weist unter anderem auf eine Vermutung, dass der Gesetzestext zutrifft, hin, S. 147 unten. Relativierend – und damit wohl wie das Bundesgericht – aber S. 24 (Herv. wegg.): Es bestehe «Einigkeit ..., dass der eindeutige Gesetzeswortlaut keine absolute Bindungswirkung entfaltet». Dass «die Vermutung nicht dafür spricht, dass der klare Wortlaut nicht dem Normsinn entspricht», auch bei KRAMER, Methodenlehre, S. 238. Vgl. auch HÖHN, S. 392 (N 111) (Herv. wegg.), nach dem «die Tatsache, dass sowohl der Wortsinn als auch die normunmittelbaren Kriterien [zu diesen S. 258] einhellig oder stark überwiegend nur für die eine Normhypothese sprechen, eine starke Vermutung zugunsten dieser Hypothese [begründet]. Demgemäss trägt die andere Normhypothese, wenn sie durch ungefähr gleichstarke normmittelbare Argumente gestützt wird, die Begründungslast. Das bedeutet, dass sie sich gegen die erste Hypothese bei bloss gleicher Stärke der Argumente nicht durchsetzen kann.»

109 Es wird sich aber zeigen, dass das Abwägungsmodell sich mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung vereinbaren lässt; dass die bundesgerichtliche Rechtsprechung genau betrachtet nichts anderes ist als die Konsequenz aus dem Abwägungsmodell. Ob die Kritik an der bundesgerichtlichen Rechtsprechung – die sich möglicherweise darin erschöpft, dass das Bundesgericht in gewissen Entscheiden zu stark den Vorrang des Wortlauts und zu wenig seine Relativierung betone²⁰⁶ – berechtigt ist, ist dann hier gar nicht zu entscheiden (solange man, wie hier, das Abwägungsmodell befürwortet); jedenfalls im Ergebnis wäre sie aber nicht berechtigt, wenn man eine Vereinbarkeit dieser Rechtsprechung mit dem Abwägungsmodell annimmt.

c. Artikel 1 ZGB, Artikel 164 BV

110 Man kann sich fragen, ob sich ein Vorrang des Wortlauts bereits aus Gesetz oder Verfassung ergibt.²⁰⁷ Ist das der Fall, so ist die bundesgerichtliche Rechtsprechung nicht zu beanstanden.

111 Nach Artikel 1 Absatz 1 ZGB findet das Gesetz auf alle Rechtsfragen Anwendung, für die es *nach Wortlaut oder Auslegung* eine Bestimmung enthält. Nimmt man an, der klare Wortlaut habe Vorrang, so sind – wenn man diesbezüglich einen klaren Wortlaut des Artikels 1 Absatz 1 ZGB annimmt – Wortlaut und Auslegung gleichwertig. Die Annahme des Vorrangs eines klaren Wortlauts führt also zum absurden Ergebnis,²⁰⁸ dass nach Artikel 1 Absatz 1 ZGB «Wortlaut» und «Auslegung» gleichwertig sind, der Wortlaut also gerade keinen Vorrang hat.²⁰⁹ Die Annahme, der Wortlaut gehe vor, ist also mit Artikel 1 Absatz 1 ZGB eher nicht zu vereinbaren.²¹⁰

206 Dass es dies teilweise nicht tut, kann auch einfach daran liegen, dass in den jeweiligen Fällen dem Wortlaut wegen seines «Übergewichts» am Ende der Vorrang zukommt, sodass methodische Ausführungen über Fälle, in denen dem Wortlaut kein Übergewicht zukommt, (für den konkreten Fall) unnötig sind.

207 Vgl. zum Erfordernis, dass für einen solchen Vorrang eine gesetzliche Grundlage *nötig* wäre, CANARIS, Auslegungskriterien, S. 60: «Im Verhältnis zu [einer Abwägungslösung] gehört also die [Vorrang-] Regel einer Metaebene an, und anders als [einer Abwägungslösung] dürfte ihr die Qualität einer echten Rechtsnorm zuzuerkennen sein. Demgemäss bedarf jede Vorrangregel grundsätzlich einer besonderen, rechts- und/oder staatstheoretisch fundierten Begründung.»

208 Es handelt sich also um ein «Ad absurdum»-Argument; zu dessen Zulässigkeit vgl. BYDLINSKI, Methodenlehre, S. 457 ff. Die Regeln der Logik können allerdings nicht abschliessend über Rechtsfragen entscheiden. Trotz der hier formulierten Absolutheit («absurd») ist das gefundene Ergebnis also nicht zwingend.

209 Dass Art. 1 Abs. 1 ZGB nicht nach seinem Wortlaut zu verstehen ist, bei GYGI, S. 76, rechte Spalte.

210 So im Ergebnis HONSELL, BaKomm, Art. 1 ZGB N 1: «Aus der Formulierung [von Art. 1 Abs. 1 ZGB] darf auch nicht der Schluss gezogen werden, dass der Wortlaut Vorrang vor der Auslegung habe.»

Emmenegger/Tschentscher weisen auf die Bedeutung der Wortlautbindung für das Prinzip der Gesetzesbindung hin, das einen «wichtigen Baustein der demokratischen Legitimation und des rechtsstaatlichen Vertrauensschutzes bildet». ²¹¹ Nach Forstmoser/Vogt «ist im gewaltenteiligen Rechtsstaat die Rechtsetzung die Prerogative des Gesetzgebers, auf Bundesebene also des Parlaments mit der Möglichkeit der Mitwirkung des Volkes». ²¹² Auch Larenz/Canaris erwähnen in diesem Zusammenhang die verfassungsmässige Ordnung: «Die im Rechtsstaat angelegte Gewaltenteilung verlangt von der Rechtsprechung, dass sie den Normsetzungsprimat des Gesetzgebers respektiert.» ²¹³ Schliesslich sieht Artikel 164 Absatz 1 BV vor, dass «[a]lle wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen ... in der Form des Bundesgesetzes zu erlassen» sind. Diese Bestimmung wird zwar hauptsächlich als Schranke der Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen («Delegationsschranke») verstanden, weshalb namentlich sein Buchstabe c «[d]as Zivilrecht ... kaum im Auge haben [dürfte]» (da «das Zivilrecht seit je vom Kodifikationsprinzip beherrscht wird», weshalb «Änderungen von ZGB, OR und zivilrechtlichen Nebenerlassen ... schon darum die Form des [Bundesgesetzes] [bedingen].» ²¹⁴). ²¹⁵ Auch wenn Artikel 164 BV also nicht unmittelbar etwas über die Abgrenzung der Zuständigkeiten zwischen Gesetzgeber und Richter aussagt, ²¹⁶ ergibt sich aus ihm und aus Artikel 190 BV doch die Wertung, dass die *Rechtsetzung* – soweit es um «wichtige» und «grundlegende» Bestimmungen geht – primär Sache des

211 EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 ZGB N 241.

212 FORSTMOSER/VOGT, § 15 N 83, wenn auch im Zusammenhang mit der Grenze des («einfachen») Wortlauts, der für die Zulässigkeit der Lückenfüllung relevant ist. Das Problem ist hier wie dort das gleiche.

213 LARENZ/CANARIS, S. 197, auch sie zur Lückenfüllung.

214 Immerhin gibt es aber auch im Zivilrecht Verordnungsrecht, vgl. nur die VKKG und die VKKG-EJPD sowie die VMWG.

215 TSCHANNEN P., Art. 164 BV N 4, 22; auf die Ähnlichkeit der Diskussionen über die Abgrenzung zwischen Gesetzgeber und Richter und zwischen Gesetz- und Verordnungsgeber weist DÜRR, Art. 1 ZGB N 98, hin.

216 Zumindest seine systematische Stellung im «2. Kapitel: Bundesversammlung» (Art. 148 ff. BV) im «3. Abschnitt: Zuständigkeiten» (Art. 163 ff. BV) und damit *neben* dem «3. Kapitel: Bundesrat und Bundesverwaltung» (Art. 174 ff. BV) und dem «4. Kapitel: Bundesgericht und andere richterliche Behörden» (Art. 188 ff. BV) spricht aber zumindest nicht dagegen, ihn als Regel über die Abgrenzung der Zuständigkeiten *auch* gegenüber dem Richter zu verstehen. Vgl. auch BYDLINSKI, Grenze, S. 40: «Schon aus diesen [dort näher ausgeführten] Funktionen des Gesetzes und des Richters ergibt sich die Bindung des letzteren an das Gesetz ohne weiteres. ... Gibt es in einer Rechtsgemeinschaft Rechtsautoritäten, denen die generell-abstrakte Normsetzung zusteht, und andere, die die Einzelfallentscheidungen zu leisten haben, kann es überhaupt nicht anders sein», der damit allerdings begründet, dass es gerade *nicht* die Verfassung ist, aus der sich diese Bindung ergibt (S. 40f.).

Parlamentes – eben des *Gesetzgebers* – sein soll.²¹⁷ Gesetzgebung wiederum erfolgt nun einmal in der Form von Texten und Worten.²¹⁸

- 113 Die Annahme, ein klarer Wortlaut – was auch immer genau darunter zu verstehen ist – gehe der übrigen Auslegung nicht (oder nicht zumindest weitgehend) vor, würde diese verfassungsmässige Aufgaben- und Kompetenzverteilung beim Bestimmen – nicht nur der Gesetzes-, sondern auch – der Rechtslage ausser Acht lassen: «Ob und, wenn ja, welche Ausnahmen [von den in Artikel 95 Absatz 3 BV aufgestellten Grundsätzen] im Rahmen der Ausführungsgesetzgebung geboten sind, ergibt sich allein aus dem jeweiligen, einzelnen Grundsatz, das heisst, aus dessen Sinn, welcher nach den Regeln der Auslegung zu ermitteln ist. Die Bestimmtheit einer Regelung, meist durch einen eindeutigen Wortlaut zum Ausdruck gebracht (zum Beispiel durch Zahlen [drei Jahre]²¹⁹ oder eine Rechtsfolge [ist untersagt]²²⁰), spricht im Allgemeinen gegen eine Auslegung, wonach Ausnahmen angezeigt seien. Es ist in diesem Zusammenhang zu bedenken, dass sich sowohl der Gesetzgeber als auch Initianten einer Volksinitiative einer allgemein verständlichen Sprache bedienen (und das auch tun sollen); ist eine Bestimmung sowohl konkret als auch aufgrund ihres Wortlauts klar, geht es kaum an, Ausnahmen vorzusehen, würde man doch damit den Verfassungsgeber der Möglichkeit berauben,

217 Vgl. auch JAUN, S. 147, bei Fn. 32, der einen Vorrang des Wortlauts mit dem Legalitätsprinzip und mit Art. 190 BV begründet. Burckhardt, zitiert nach SCHLUEP, Rechtstheorie, N 1399 (Herv. wegg.), weist auf die verfassungsrechtliche Bedeutung der Methodenwahl hin: «Wie hat der Richter oder die Verwaltungsbehörde zwischen den verschiedenen, sprachlich möglichen Deutungen zu wählen? ... [D]ie Verfassung ist auch hier massgebend und die Verfassung kann vorschreiben, was sie für richtig hält. Es wäre denkbar, dass nach der Meinung der Verfassung das verbindlich wäre, was die am Gesetzgebungsprozess beteiligten Personen damit wirklich sagen wollten; der Wortlaut des Gesetzes wäre dann nur eines von mehreren Mitteln, diesen allein massgebenden Willen zu erkennen.»

218 Vgl. nur Art. 8 Abs. 1 PublG: «Rechtspflichten aus *Texten* nach den Artikeln 2-4 entstehen, sobald die *Texte* nach den Bestimmungen dieses Abschnitts veröffentlicht worden sind.» Vgl. auch GYGI, S. 75: «Unter dem Wortlaut ist der in der amtlichen Sammlung veröffentlichte Rechtssatz zu verstehen.» JAUN, Reduktion, S. 147 f.: «[Es ist] der Gesetzestext als förmlicher Ausdruck des vom Gesetzgeber Beschlossenen, der amtlich publik gemacht wird und Rechtskraft [beziehungsweise] Verbindlichkeit erlangt.» Vgl. immerhin zu bildlichen und akustischen Signalen im Strassenverkehr, deren Bedeutung aber wiederum durch sprachliche Texte festgesetzt wird, SCHLUEP, Rechtstheorie, N 2364. Anders BYDLINSKI, Grenze, S. 47: «Gesetz ist ja nicht bloss ein in bestimmter Weise behandelter (beschlossener und kundgemachter) Text, sondern dieser als Ausdruck eines dahinterstehenden menschlichen Willens. ... Gesetz ist ... die Einheit von menschlichem Willen als Substanz und von Text als Form des Gesetzes. Diese Einheit, nicht aber das eine oder andere Teilelement, sind für den Rechtsadressaten und damit auch für den Richter schlechthin bindend.»

219 Die eckigen Klammern und deren Inhalt sind Teil des zitierten Textes.

220 Die eckigen Klammern und deren Inhalt sind Teil des zitierten Textes.

eine Regelungsabsicht – zum Beispiel die ausnahmslose Geltung eines Verbots – in Gestalt von Sprache zu einer Norm zu erheben.»²²¹

Das spricht also dafür, dem Wortlaut – jedenfalls einem klaren oder ganz klaren oder einem eindeutigen Wortlaut – einen Vorrang einzuräumen. 114

d. Das Auslegungselement «Wortlaut» im Abwägungsmodell

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung räumt nach dem Ausgeführten einem klaren Wortlaut einen Vorrang ein.²²² Das entspricht auch der dargelegten Verfassungs- und Gesetzeslage. Diese widersprechen aber nur scheinbar einem (dem) Abwägungsmodell. Der Annahme des Vorrangs eines klaren Wortlauts – relativiert durch die Möglichkeit triftiger Gründe – scheint insbesondere deshalb eine Abweichung vom Abwägungsmodell zu sein, weil damit eines der Auslegungselemente hervorgehoben wird; dass ein klarer Wortlaut vorgehen soll, ist jedoch mit dem Abwägungsmodell – das ja eben unterschiedliche Stärken und Gewichte von Auslegungselementen zulässt – ohne Weiteres vereinbar. Die Hervorhebung des Auslegungselements «Wortlaut» ist lediglich Folge der Annahme eines Abwägungsmodells, das eben klareren Auslegungselementen höheres Gewicht zukommen lässt. 115

Ein klares Ergebnis kann nämlich vor allem aus dem Wortlaut einer Norm – ihrer grammatikalischen Auslegung – erwartet werden. Auch das systematische Auslegungselement kann das teilweise erreichen, indem durch Begriffe oder gar Zitate von Gesetzesstellen (Artikelnummern, Absätzen) klare Verweisungen vorgenommen werden.²²³ 116

Das historische Auslegungselement – namentlich die Betrachtung der Materialien – kann eine klare Antwort schon sehr viel weniger geben. Denn selbst wenn sich darin eine klare Stellungnahme zum relevanten Problem findet, ist diese in aller Regel die Ansicht nur eines Teils «des Gesetzgebers» – in der Botschaft des Bundesrates, der selber die Gesetze ja nicht erlässt; eines Fraktions- oder Kommissionssprechers, der die Meinung zwar einer grösseren Zahl von «Akteuren» wiedergeben kann, die dann aber regelmässig selbst bei Durchdringen ihres Standpunktes nur eine Minderheit sind innerhalb derjenigen, die dem Gesetz zustimmten; oder gar nur eines einzelnen Parlamentariers. Dazu kommt, dass die Materialien nicht als Gesetz erlassen 117

221 VOGT/BASCHUNG, S. 10f.

222 Zurückhaltend aber BGE 115 II 136 Erw. 5.b S. 142f.: «Das Bundesgericht hat in allen Bereichen seiner Rechtsprechung seit jeher eine auf den Wortlaut beschränkte Gesetzesauslegung verworfen und stets auch nach dem Zweck des Gesetzes gefragt.»

223 Zum Beispiel Art. 26 des BewG (dessen Abs. 1 und 2 auf seine Abs. 3 und 4 verweisen) oder Art. 15 Abs. 1 KKG, der auf die Art. 9–14 KKG verweist.

werden,²²⁴ während dies für Wortlaut und (jedenfalls die äussere)²²⁵ Systematik der Fall ist und auch der (aus dem Gesetz gewonnene) Zweck desselben noch als «mit erlassen» betrachtet werden kann (auch, wo kein Zweckartikel besteht). Jedenfalls eine «eindeutige und unmissverständliche» und gleichzeitig verbindliche Aussage dürfte sich aus der historischen Auslegung also nicht ergeben.²²⁶

118 Auch das teleologische Auslegungselement kann regelmässig eine klare Antwort nicht geben. Nicht nur ist der Zweck eines Gesetzes – abgesehen vielleicht von solchen, die einen Zweckartikel enthalten²²⁷ – schon nicht mit grosser Klarheit feststellbar.²²⁸ Ob und wie weit jede einzelne Bestimmung

224 MEIER-HAYOZ, Materialien, S. 231: «[Die Materialien] sind aber keineswegs dem Gesetzeswortlaut ebenbürtige Quellen der Rechtserkenntnis, sondern eben nur Hilfsmittel zur klareren Erfassung dessen, was im Gesetz gesagt ist»; doch «[d]en Gesetzesmaterialien fehlt die Gesetzesform und damit die ihr eigene Verbindlichkeit nicht mehr und nicht minder als anderen bei der Gesetzesauslegung beizuziehenden Hilfsmitteln wie z.B. der ‚Lehre‘ oder der ‚Überlieferung‘ von Art.1 Abs.3 ZGB». (Andererseits werden die Lehre und Überlieferung vom Gesetz erwähnt und könnten *deshalb* als verbindlich betrachtet werden, vgl. dazu SCHLUEP, Rechtstheorie, N2442.) Und S. 235: «An die Worte des Gesetzes ist der Richter unbedingt gebunden [was heute wohl in dieser Strenge überholt ist]; er darf sie nicht ändern. Gegenüber den Materialien besteht dagegen eine nur bedingte Befolgungspflicht.»

225 «Unter äusserer Systematik ist die formale Einordnung einer Bestimmung in einen Bereich des Gesetzes zu verstehen» (EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art.1 ZGBN 250).

226 Vgl. aber Art. 336a OR. Der Bundesrat führte aus: «Als Sanktionen bei missbräuchlichen Kündigungen lehnen wir somit die Nichtigkeit und die Anfechtbarkeit der Kündigung sowie die Reintegration des Arbeitnehmers grundsätzlich ab» (BOTSCHAFT ARBEITSVERTRAG, S. 600). Das entspricht der Rechtsprechung und der herrschenden Lehre (PORTMANN/RUDOLPH, Art. 336a OR N 1), auch wenn es sich aus dem Wortlaut kaum ergibt. Es besteht also hier ein Übergewicht der historischen Auslegung. (Immerhin könnte es sich auch aus systematischen Überlegungen ergeben – ist ein Schadenersatz und eine Entschädigung vorgesehen, treten diese wohl gerade an die Stelle der Weiterbeschäftigung –, weshalb nicht gesagt werden kann, es ergebe sich *nur* aus der historischen Auslegung.) (Vgl. zu Art. 336a OR im Übrigen hinten N 558 ff.)

227 Doch auch dann bleiben die Zwecke abstrakt oder gar widersprüchlich (vgl. nur Art. 1 Abs. 1 lit. a BGG: Man kann sich fragen, ob die Erhaltung von «Familienbetriebe[n]» «einer leistungsfähigen, auf eine nachhaltige Bodenbewirtschaftung ausgerichteten Landwirtschaft» zu- oder nicht gar abträglich ist). Vgl. auch (zu Art. 1 BÖB) das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 11. Oktober 2018 im Verfahren B-4011/2018 (Erw. 3.5): «Diese Gesetzeszwecke stehen einerseits in einem engen Bezug zueinander, können aber auch im Sinne von Zielkonflikten in einem Spannungsverhältnis stehen. Dabei ist davon auszugehen, dass das Gesetz keine Rangfolge festlegt und die Ziele daher gleichwertig sind.»

228 Vgl. BYDLINSKI, Methodenlehre, S. 470 (Herv. hinz.): «Wo es gar nicht mehr darum geht, was der Normtext in der fallrelevanten Beziehung aussagt, wo vielmehr die notwendigen Denkschritte allein (ohne textlichen Rahmen) von der – jeweils zu erarbeitenden – ratio legis bestimmt werden, liegt methodologisch eine deutliche Gewichtsverlagerung im massgebenden Rechtsgewinnungsmaterial, *weg vom leicht feststellbaren Text*, vor.»

dann «zugunsten» des Zwecks des Gesetzes auszulegen ist, ist ebenso unklar.²²⁹

Die Annahme, einem klaren Wortlaut komme ein – durch triftige Gründe bedingter – Vorrang zu, ist also mit einem Abwägungsmodell zumindest vereinbar. Unter dem Abwägungsmodell hat ein Auslegungselement desto mehr Gewicht, umso klarer es ist. Eine einigermaßen absolute Klarheit – ein eindeutiges, unmissverständliches Ergebnis – ist aber in aller Regel nur aus dem Wortlaut zu erwarten.²³⁰ Dass ein (bedingter) Vorrang zum Beispiel einer klaren Entstehungsgeschichte oder eines klaren Zwecks vom Bundesgericht nicht erwähnt wird und schon gar nicht den «Ausgang» eines Entscheides beeinflusst, liegt also nicht notwendigerweise daran, dass dem Wortlaut *per se* ein Vorrang eingeräumt wird, sondern allein daran, dass sich regelmässig überhaupt nur aus ihm ein klares Ergebnis ergeben kann.²³¹

Damit stellen der «pragmatische Methodenpluralismus» und der (bedingte) Vorrang des Wortlauts – unter Anwendung des «Abwägungsmodells» – keine Gegensätze dar. Gleichzeitig ist damit das Kriterium für die Prüfung, ob für die zu beantwortende Frage der Wortlaut des Gesetzes vorgeht, gefunden: Der Vorrang, der einem klaren Wortlaut zukommt, ist einzig der, der sich aus dem Abwägungsmodell – also aus der Gewichtung des grammatischen Auslegungselements gemäss der Klarheit seines Ergebnisses – ergibt.

Es stellt sich also die Frage, ob ein klarer Wortlaut des Gesetzes dafür spricht, dass vertragliche Rechtsfolge der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen Anfechtbarkeit ist – wie sie sich namentlich aus Artikel 9 UWG ergeben könnte – oder Unwirksamkeit *ex lege* – wie sie sich namentlich aus Artikel 20 Absatz 1 OR ergeben könnte. Vorn wurde auf das «Drei-Bereiche-Modell der Auslegung» mit den Bereichen Begriffskern, Begriffshof und dem «Rest» hingewiesen.²³² Es ist also noch die Frage zu klären, wie sich die Abgrenzung zwischen einem «klaren Wortlaut» und einem «unklaren Wortlaut»

229 Vgl. nur BGE 121 III 219 Erw. 1.b S. 223: «Zu den Zielen der am 1. Juli 1992 wirksam gewordenen Aktienrechtsreform zählen unter anderem die Verstärkung des Aktionärschutzes, auch hinsichtlich des Bezugsrechts, und die Erleichterung der Kapitalbeschaffung für die Gesellschaft.» Wieweit das Gesetz nun zugunsten des einen und zulasten des anderen Zwecks auszulegen ist, kann sich aus dem Gesetz kaum mit Klarheit ergeben.

230 Vgl. hingegen BYDLINSKI, Methodenlehre, S. 555 f.

231 Vgl. auch BYDLINSKI, Methodenlehre, S. 554: «Man darf sich aber gewiss nicht damit begnügen, zu prüfen, was die Rechtsanwender ausdrücklich sagen oder was sie nicht erwähnen, sondern muss vielmehr weitgehend nach den häufig unausgesprochenen tatsächlich angewendeten Kriterien suchen.»

232 Vorn N 62 ff. Der Begriff bei HONSELL, BaKomm, Art. 1 ZGB N 13.

einerseits zur Abgrenzung zwischen Begriffskern und Begriffshof andererseits verhält.

- 122 Die «Klarheit» des Wortlauts hängt gerade davon ab, ob man sich im Begriffskern oder Begriffshof befindet. Das heisst, dass nicht abstrakt beantwortet werden, ob der Wortlaut einer Norm «klar» ist. Vielmehr ist der Wortlaut dort *klar*, wo man sich im Begriffskern befindet: Was im Begriffskern ist, ist eben vom Wortlaut der Norm *klarerweise* erfasst. Und er ist dort *unklar*, wo man sich im Begriffshof befindet: Was im Begriffshof ist, ist eben von der Norm *nicht klarerweise* erfasst. Und was sich ausserhalb des Begriffshofes befindet, ist von der Norm *klarerweise nicht* erfasst (was also wieder ein klarer Wortlaut ist).²³³

IV. Die Abwägung der Auslegungselemente

- 123 Die einzelnen Auslegungselemente sind gegeneinander abzuwägen (und zwar, ohne dass dem Wortlaut ein besonderer Vorrang zukäme [vgl. aber sogleich]). Welches Gewicht ein Auslegungselement in der Abwägung hat, ergibt sich daraus, wie klar seine Antwort ist (was bei der grammatikalischen Auslegung davon abhängt, «wie nah» am Begriffskern man sich befindet). Man könnte also auch sagen, es seien die Auslegungsergebnisse gegeneinander abzuwägen.

233 Vgl. zum Ganzen als Beispiel BGE 99 V 19. Es war die Frage zu entscheiden, ob als «Kind» im Sinn des relevanten Gesetzes auch Pflegekinder gelten. Der Begriff «Kind» an sich ist weder klar noch unklar. Biologische und gleichzeitig rechtliche Kinder dürften zweifellos darunter fallen, sind also im Begriffskern; diesbezüglich ist der Wortlaut also klar. Bei biologischen, aber nicht rechtlichen oder rechtlichen, aber nicht biologischen Kindern dürfte es schon weniger klar sein, man ist also eher schon im Begriffshof; es besteht diesbezüglich also kein klarer Wortlaut. Und Pflegekinder befinden sich – nach Ansicht des Bundesgerichts – sogar ausserhalb des Begriffshofes; es besteht also ein klarer Wortlaut, dass Pflegekinder *nicht* gemeint sind. (Diese Ansicht des Bundesgerichts – auf die es hier allerdings nicht ankommt – ergibt sich daraus, dass es in Erw. 2 S. 21 f. das Vorliegen einer Lücke prüft [und schliesslich verneint]. Wären «Pflegekinder» im Begriffshof von «Kind», wäre nach dem hier Ausgeführten eine Lücke gar nicht nötig, da die Annahme, auch Pflegekinder seien erfasst, nicht Lückenfüllung, sondern Auslegung wäre.) Vgl. auch KRAMER, Methodenlehre, S. 64 ff. Vgl. auch JAUN, S. 30 (Herv. wegg. und hinz.), nach dem «ein positiver Kandidat, der *unzweideutig dem Begriffskern zugehörig* ist, aus dem Anwendungsbereich einer *insoweit eindeutigen* Gesetzesvorschrift ausgeklammert wird».

1. Der verbleibende Vorrang des Wortlauts

Dem Wortlaut kommt also nicht per se ein Vorrang zu.²³⁴ Es kommt ihm aber 124
der Vorrang zu, der sich – bei Klarheit – aus dem Abwägungsmodell ergibt.²³⁵

Im Abwägungsmodell sind die Auslegungselemente nach der Klarheit 125
ihrer Antwort zu gewichten und dann abzuwägen. Dann kann es aber darauf,
ob sich aus dem Wortlaut (oder einem anderen Element, soweit dies denkbar
ist) eine klare oder ganz klare Antwort ergibt, nicht ankommen. Es kann nur
darauf ankommen, *wie klar* die Antwort ist, sodass diesem Auslegungsele-
ment (oder dem Ergebnis daraus) (deshalb, nicht wegen eines allgemeinen
Vorrangs) erhöhtes Gewicht zukommt. Dabei ist es möglich, dass insbeson-
dere der Wortlaut eine «eindeutige und unmissverständliche» Antwort gibt.

Das führt wiederum dazu, dass sich die Frage, wie klar der Wortlaut ist, 126
dies- und jenseits der Grenze eines «klaren Wortlauts» stellt (wobei es dann
darauf, wo diese «Grenze» ist – zum Beispiel ob beim «klaren» Wortlaut oder
erst beim «ganz klaren» Wortlaut –, nicht mehr ankommt). Auch für andere
Auslegungselemente sind Gründe für einen «*Per-se-Vorrang*» nicht ersicht-
lich. Auch ein «klarer Wortlaut» geht also nicht stets vor; das entspricht auch
der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, die stets «triftige Gründe» vorbe-
hält. Andererseits führt aber auch die Erkenntnis, dass die Grenze für den
«Vorrang vorbehältlich triftiger Gründe» – ein klarer Wortlaut, ein ganz
klarer Wortlaut, ein eindeutiger und unmissverständlicher Wortlaut – *nicht*

234 Vgl. aber GYGI, S. 75: «Klar ist der Wortlaut, der den Rechtssinn des Rechtssatzes richtig und eindeutig wiedergibt.» Das ist aber höchstens terminologisch etwas anderes als das, was das Bundesgericht sagt. Dieses nimmt an, dass auch dann, wenn der Wortlaut klar ist, dieser möglicherweise den Sinn nicht richtig wiedergibt. GYGI hingegen nimmt erst dann überhaupt einen klaren Wortlaut an, wenn dieser den Sinn richtig wiedergibt (S. 76 [Herv. wegg.]): «Nur wenn und weil sich der Sprachsinne mit dem durch Auslegung gewonnenen rechtlichen Sinngehalt des Rechtssatzes deckt, kann von einem klaren Wortlaut gesprochen werden.» Ob die eine oder andere Terminologie richtig oder sinnvoll(er) ist, muss hier nicht entschieden werden. Vorliegend soll jedoch der «klare Wortlaut» verwendet werden für den Fall, in dem noch nicht feststeht, ob der Wortlaut dem Sinn der Norm entspricht. Vgl. aber den Hinweis von GYGI (S. 77) auf eine ältere Rechtsprechung (BGE 87 I 10, nach dem «[a]uch der zunächst klar erscheinende Wortlaut ... freilich auslegungsbedürftig [ist], soweit er Ausdrücke verwendet, die nicht völlig eindeutig und unmissverständlich sind» [Erw. 3 S. 15]), in der das Bundesgericht den «klar erscheinenden Wortlaut» zum «klaren Wortlaut» verkürzt habe (vgl. das Regest). Dann würde nur der «klar erscheinende» Wortlaut weitere Auslegung nötig machen, um zu erkennen, ob er dem Sinn entspricht (vgl. Erw. 3 S. 15: «Ausgangspunkt und in erster Linie massgebend für die Bestimmung des Sinnes eines Rechtssatzes ist dessen Wortlaut, der entweder klar ist oder der Auslegung bedarf»); und wenn dies bejaht wird, würde man den Wortlaut als *klar* erachten.

235 Gänzlich gegen einen Vorrang des «klaren Wortlauts» DÜRR, Art. 1 ZGB N 146.

überschritten ist, nicht dazu, dass dieser überhaupt nicht vorgeht (sondern mit den anderen Auslegungselementen gleichrangig wäre oder aufgrund eines allgemeinen Vorrangs teleologischer Argumente gar nachginge). Vielmehr kann der Wortlaut – wie eben jedes Auslegungselement²³⁶ – auch unterhalb dieser Grenze mehr oder weniger klar sein. Je nach seiner Klarheit kommt ihm dann sein Gewicht bei der Abwägung zu.

2. «Triftige Gründe»

- 127 Die Ansicht des Bundesgerichts besteht nicht nur in der Annahme eines Vorrangs – oder besser: Übergewichts – des Wortlauts (der wie gezeigt nichts anderes ist als das Ergebnis aus dem Abwägungsmodell), sondern auch darin, dass von einem solchen Wortlaut nur (aber immerhin) abzuweichen ist, wenn dafür triftige Gründe bestehen: «Vom klaren ... Wortlaut darf nur ausnahmsweise abgewichen werden, wenn triftige Gründe dafür vorliegen, dass der Wortlaut nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt.»²³⁷
- 128 Einem klaren Wortlaut müssen also triftige Gründen gegenüberstehen; diese können sich aus den anderen Auslegungselementen ergeben.²³⁸ Besteht ein Übergewicht des Wortlauts je nach dessen Klarheit, muss das auch für das «Gegengewicht» der anderen Auslegungselemente gelten. Umso klarer also

236 Vgl. dazu BGE 96 II 273 Erw. 8 S. 294: «Von der Auslegung des Art. 81 Abs. 1 ZGB, welche durch den Wortlaut und den Aufbau dieser Bestimmung sowie durch die Terminologie und die Entstehungsgeschichte des Gesetzes und durch den Vergleich mit den bei Erlass des ZGB in den Nachbarländern der Schweiz geltenden Regelungen nahegelegt wird ..., wäre nur abzuweichen, wenn triftige sachliche Gründe eine andere Deutung dieser Bestimmung forderten.» Nicht nur der Wortlaut, sondern auch «Aufbau», «Terminologie», «Entstehungsgeschichte» und sogar rechtsvergleichende Argumente können also – vorbehältlich triftiger Gründe – verbindlich sein.

237 BGE 140 II 129 Erw. 3.2 S. 131. Hinweise auf weitere Entscheide bei EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 ZGB N 243.

238 Vgl. den bereits zitierten BGE 140 II 129 Erw. 3.2 S. 131: «Ist der Text nicht ganz klar und sind verschiedene Auslegungen möglich, so muss nach seiner wahren Tragweite gesucht werden unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente, namentlich von Sinn und Zweck sowie der dem Text zugrunde liegenden Wertung. ... Solche Gründe [eben «triftige Gründe»] können sich aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmung, aus ihrem Sinn und Zweck oder aus dem Zusammenhang mit andern Vorschriften ergeben.» Vgl. auch schon BGE 111 Ia 292 Erw. 3.b S. 297. Vgl. auch die bei HAUSHEER/JAUN, Reduktion, S. 503, erwähnten BGE 121 III 460 Erw. 4.a.bb S. 465 und 117 II 523 Erw. 1.c S. 525. Der letztgenannte Entscheid scheint allerdings für die Voraussetzungen der Abweichung noch strenger (Herv. hinz.): «Selon la jurisprudence, le juge peut toutefois s'écarter d'un texte clair lorsque des *raisons sérieuses lui permettent de penser, sans doute possible* (...), que ce *texte* ne restitue pas le sens véritable de la norme (...) et conduit à des résultats que le législateur ne peut avoir voulus et qui heurtent le sentiment de la justice ou le principe de l'égalité de traitement (...).»

der Wortlaut ist, desto «triftiger» müssen also die Gründe sein, die sich aus den anderen Auslegungselementen ergeben. (Wobei das gleiche auch in allen anderen Kombinationen der Auslegungselemente gilt.)

Es muss also nicht entschieden werden, ob der Wortlaut klar ist und – wenn man das bejaht – ob triftige Gründe vorliegen, die für einen anderen Sinn sprechen; es muss entschieden werden, *wie* klar der Wortlaut des Gesetzes ist und *wie* triftig die Gründe sind, die dafür sprechen, dass der Sinn des Gesetzes nicht seinem Wortsinn entspricht.²³⁹ Mehr oder weniger «triftig» sind diese anderen Gründe dann, wenn sie mehr oder weniger «klar» sind. Es sind also alle Auslegungselemente nach ihrer Klarheit zu gewichten und dann gegeneinander abzuwägen.²⁴⁰

239 Wie bereits ausgeführt kommt dem Wortlaut für die Rechtsfindung keine Sonderstellung (kein «Per-se-Vorrang») zu. Er ist aber immerhin die Ausgangslage der Rechtsfindung, weshalb es sich praktisch dennoch rechtfertigt, von ihm auszugehen, nach seiner Klarheit und dann nach Gegenargumenten, die sich aus den anderen Auslegungselementen ergeben, zu fragen. Immerhin ergibt sich aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, dass dann, wenn keine triftigen Gründe gefunden werden können, der Wortlaut vorgeht; man könnte also von einer Vermutung zugunsten des Wortlauts sprechen: Findet man keine anderen Gründe, gilt dieser.

240 So im Ergebnis und mit Hinweis darauf, dass dies auf ein «bewegliches System» (zu diesem hinten N 392 ff.) hinausläuft, BYDLINSKI, *Bewegliches System*, S. 29. Immerhin dürfte es auch zusätzliche Regeln geben, die (für eine Art von Normen, ein bestimmtes Gesetz oder Rechtsgebiet) einem Auslegungselement mehr Gewicht geben können. So mag dort, wo ein Zweckartikel besteht, dem teleologischen Element mehr Gewicht zukommen. Und bei Normen über Fristen, zum Beispiel für Rechtsmittel, mag dem Wortlaut besonderes Gewicht zukommen. Vgl. MARKUS/WUFFLI, S. 111: «[D]ie vorgeschlagenen Problemlösungen ... müssen gleich mehrere, [zum Teil] hohe Analogiehürden nehmen, was im Prozessrecht, das der Rechtssicherheit und Voraussehbarkeit eng verpflichtet ist, vergleichsweise schwieriger fällt als im materiellen Recht.» Das sind dann (ausdrückliche oder wiederum durch Auslegung gefundene) «Metanormen» (vgl. vorn Fn. 186). Zumindest bei Rechtsmittelfristen mag es aber wiederum gerade dem *Zweck* der Norm entsprechen, dass die Rechtsunterworfenen sich auf den *Wortlaut* verlassen dürfen, sodass gerade kein «Vorrang» nötig ist. Vgl. dazu BIAGGINI, S. 356 (Herv. wegg.): «Der daienhaft verstandene Wortlaut muss nicht, kann jedoch unter bestimmten Voraussetzungen zu einer aus Rechtssicherheitsgründen unübersteigbaren Schranke der richterlichen Rechtsfortbildung werden.» Das kann man sicher bei allen Normen annehmen, die keinen «inhärenten» Gerechtigkeitsgehalt haben (so ist es kaum mehr oder weniger gerecht, wenn eine Rechtsmittelfrist statt 30 Tagen 29 oder 31 Tage lang ist). Ähnliche Überlegungen sprechen zum Beispiel dafür, dass «[a]uch nicht rechtmässig aufgestellte Signale oder Markierungen [die man ja auch einfach als eine Form von Rechtsnormen betrachten kann, vgl. SCHLUEP, *Rechtstheorie*, N 2364] ... zu beachten [sind], sofern sie einen schützenswerten Rechtschein für andere Verkehrsteilnehmer begründen» (BGE 128 IV 184, Regest). Die Bedeutung des Zweckartikels (Art. 1 UWG) ist im Folgenden im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigen; nach MÜLLER/UHLMANN, N 351, ist jedoch die «Normativität [von Zweckartikeln] begrenzt» (vgl. auch N 304 f.).

3. Anwendung auf den vorliegenden Fall

- 130 Bereits vorn wurde auf den Zusammenhang zwischen Klarheit und Begriffskern hingewiesen: Die meisten Begriffe haben einen Begriffskern – innerhalb dieses Begriffskerns sind sie klar (sodass der betrachtete Fall klarerweise vom Gesetz erfasst ist) –; sie haben aber auch einen Begriffshof²⁴¹ – innerhalb dieses Begriffshofs sind sie nicht oder jedenfalls weniger klar (sodass weniger klar ist, ob der betrachtete Fall vom Gesetz erfasst ist). Die Frage nach der Klarheit des Wortlauts ist also die Frage danach, «wie nahe» am Begriffskern der zu untersuchende Fall liegt. Denn wenn es für die «Klarheit» keine Grenze, sondern nur ein «Mehr oder Weniger» gibt, gilt das auch für die Unterscheidung zwischen Begriffshof und -kern. Es gibt nur «mehr oder weniger» nahe am Begriffskern. (Das «Ende» des Begriffshofs, also seine «äussere» Grenze, muss allerdings deshalb bestehen, weil Verfassung und Gesetz ausserhalb des Begriffshofs erhöhte Voraussetzungen für die Rechtsfindung aufstellen.)²⁴²
- 131 Die äussere Systematik des Gesetzes deutet stark darauf hin, dass Artikel 9 UWG die vertragliche Rechtsfolge der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen regelt. Der Wortlaut des Gesetzes und das durch die Begriffe hergestellte Verhältnis der Artikel 8 und 9 UWG als Verweisungsnorm und -objekt sind aber weniger klar. Dem Zweck des Artikels 9 und 10 UWG entspricht eine möglichst einfache und konsequente Unwirksamkeit von Verträgen, die Artikel 8 UWG verletzen. Das ist also die Ausgangslage für die Abwägung.

a. Gewichtung des Wortlauts

- 132 Der Wortlaut der Artikel 8 und 2 UWG ist wenig klar. Das «Verwenden» missbräuchlicher Geschäftsbedingungen ist unlauter und widerrechtlich; ob der Vertrag, der sich daraus (zumindest «äusserlich») ergibt, «widerrechtlich» ist oder «einen widerrechtlichen Inhalt hat» (vgl. Artikel 20 Absatz 1 OR), ergibt sich daraus aber nicht notwendigerweise. Der Begriffskern von «Verwenden» betrifft wohl eine tatsächliche Handlung, nicht aber den (äusseren) Bestand eines Vertrages; vielmehr ist ein «Umweg» in dem Sinne nötig, dass aus der

241 Eigennamen oder Zahlen haben einen solchen wohl nicht.

242 Man könnte sich fragen, ob auch hier nur ein «Mehr oder Weniger» nötig ist. Ob also dort, wo ein Rechtsfindungsergebnis besonders stark vom «System» abweicht, ein besonders «klares» qualifiziertes Schweigen zu fordern ist, um dieses (systemwidrige) (einstweilige) Rechtsfindungsergebnis als (endgültige) Rechtslage anzunehmen. Basiert die Unterscheidung zwischen Auslegung und Lückenfüllung auf dem Gegensatz zwischen den Art. 1 Abs. 1 und Abs. 2 ZGB, wäre das eher abzulehnen, handelt es sich bei diesen doch eher um «unbewegliche Teile» des Systems (dazu hinten N 392 ff.).

Unlauterkeit und Widerrechtlichkeit des Verwendens auf die Unlauterkeit und Widerrechtlichkeit des äusseren Bestands eines Vertrages, des Durchsetzen-Wollens – eines Willens, den der AGB-Verwender mit dem «Verwenden» zum Ausdruck brachte – oder des faktischen Durchsetzen-Könnens geschlossen wird.

Das Gleiche gilt (wenn auch weniger stark) für die «Verletzung» (Artikel 9 Absatz 1 litera b UWG). Auch hier erwartet man eher eine tatsächliche Handlung als den (äusseren) Bestand eines Vertrags. Man befindet sich also eher nicht im Begriffskern.

Aus den Artikeln 8 und 2 UWG ergibt sich kaum, was die Rechtsfolge sein soll (auch wenn man diese nicht nur als Qualifikation betrachtet). Relativ klar ist aber die Rechtsfolgeanordnung von Artikel 20 Absatz 1 OR, der für Unwirksamkeit ex lege spricht.

Der Wortlaut des UWG spricht eher, aber nur schwach, für Anfechtbarkeit. Der Wortlaut des Gesetzes insgesamt (namentlich Artikel 20 Absatz 1 OR) ist zwar, was die Rechtsfolge angeht, ziemlich klar – nämlich Unwirksamkeit ex lege –, aber weniger klar, was die normative Zuständigkeit angeht.

Hält man an einer «Grenze» der «Klarheit» fest, kann man sicher nicht von einem klaren, einem ganz klaren, einem unzweideutigen oder einem unmissverständlichen Wortlaut sprechen.

b. Gewichtung des systematischen Elements

Es liegt – möglicherweise – eine Verweisung von Artikel 8 auf Artikel 9 UWG vor. Eine ausdrückliche Anordnung, dass ein Vertrag, der gegen Artikel 8 UWG verstösst, anfechtbar sei – wie sie beispielsweise die Artikel 21 und 31 OR enthalten –, liegt nicht vor. Die (mögliche) Verweisung erfolgt vorliegend durch den Aufbau des Gesetzes und durch die verwendeten Begriffe.²⁴³

aa. «Nähe» der Verweisung

«Da auf Normen eines in der einen oder andern Hinsicht verschiedenen Rechtsgebietes verwiesen wird, kann der Zweck der Verweisungsnorm nur mit der Auflage einer bloss sinngemässen Rechtsanwendung verwirklicht

243 Insofern ist eine klare Trennung zwischen grammatikalischer und systematischer Auslegung nicht möglich. Da dem Wortlaut kein Vorrang zukommt, ist sie aber auch nicht nötig. Vgl. schon vorn N 99 ff. JAUN, S. 22, erwähnt die Zusammengehörigkeit von Wortlaut und Systematik: «Ob eine bestimmte Gesetzesvorschrift sprachlich eindeutig ist, beurteilt sich dabei nicht allein mit Blick auf einzelne Begriffe, sondern immer auch mit Rücksicht auf den systematisch-logischen Kontext der betreffenden Norm, [das heisst] letztlich nach Massgabe des gesamten massgeblichen Gesetzestextes.» Vgl. auch BYDLINSKI, Grenze, S. 47, der «vom eindeutigen Wortlaut des (als Einzelnorm und im systematischen Zusammenhang verstandenen) Gesetzes» spricht.

werden. Sinngemässe Anwendung aber bedeutet in einem ersten Schritt – vor einer Anpassung der Regel, auf die verwiesen wird – allenfalls Nichtanwendung.»²⁴⁴ Emmenegger/Tschentscher weisen darauf hin, dass die «Referenzordnung [als die durch Verweisung «hineinkopierte» Ordnung] vermutungsweise als regelungsadäquat» gilt; dass aber «[d]iese Vermutung ... unter dem Vorbehalt der teilrechtseigenen Systemkompatibilität» stehe, «so dass nur eine entsprechende Anwendung in der Verweisungsordnung geboten ist», was dazu führen kann, «dass die Referenznorm entweder gar nicht oder allenfalls in modifizierter Art und Weise anwendbar wird.»²⁴⁵

139 Dem Gesetzgeber steht die Möglichkeit offen, mittels Generalklauseln und Verweisungen zu legiferieren, was im Grundsatz soweit ersichtlich unbestritten ist.²⁴⁶ Eine «Binnenverweisung ... bezweckt eine sparsame und widerspruchsfreie Regelung, die für vergleichbare Sachverhalte dieselben Massstäbe und Wertungen verwendet»; «Aussenverweisungen ... ermöglichen ..., die Rechtssetzung zu entlasten, Zusammenhänge herzustellen und Regelungen zu vereinheitlichen.»²⁴⁷ Sie dienen damit unter anderem der von Artikel 8 Absatz 1 BV geforderten Rechtsgleichheit. Zudem dienen sie der Systembildung.²⁴⁸ Es ist also nicht nur zulässig, sondern – in bestimmten Fällen – sogar wünschbar, dass der Gesetzgeber Verweisungen verwendet. Dann muss ihm auch die Möglichkeit bleiben, mit Verweisungen eine *klare* Anordnung zu treffen.

140 Man darf also wohl nicht annehmen, Verweisungen seien stets unklar (und damit der Wortlaut des Gesetzes nur beschränkt verbindlich). Es fragt sich aber, wie die «Klarheit» festgestellt werden kann. Denkbar wäre, die «Nähe» der Verweisung zu berücksichtigen. Dabei sind Binnenverweisungen eher näher, Aussenverweisungen eher ferner. Je nachdem wird man die Verweisung als mehr oder weniger klar ansehen. Das dürfte sich schon aus einer Betrachtung des Entstehens von Verweisungsnormen ergeben.²⁴⁹ Erlässt der

244 VOGT, Sonderzivilrecht, S. 240, allerdings für Gesamtverweisungen und für die Frage, ob eine Lücke vorliege. Vgl. auch FORSTMOSER/VOGT, § 15 N 78: «Lücken intra legem können sich auch aufgrund von Verweisungen ergeben. Dies deshalb, weil Regeln, auf die verwiesen wird, stets nur sinngemäss, mutatis mutandis, angewendet werden können.»

245 EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 ZGB N 254.

246 Dass die Schranken, die namentlich im öffentlichen Recht das Legalitätsprinzip für Verweisungen auf «tiefere» Normen setzt (vgl. dazu nur Art. 164 BV), im Einzelnen umstritten sind, ändert daran nichts.

247 MÜLLER/UHLMANN, N 364 und N 365. Zur Unterscheidung zwischen Binnen- und Aussenverweisung vgl. auch LIEBER, Art. 7 ZGB N 23.

248 KARPEN, S. 11 und S. 12 f.

249 Vgl. Burckhardt, zitiert nach SCHLUEP, N 1401: «Man kann sich nur klarmachen, wie man Recht auslegt, wenn man sich darauf besinnt, wie man Recht macht.»

Gesetzgeber wie mit Artikel 7 ZGB eine Verweisung, die «sowohl was den Bereich der zu übertragenden Vorschriften ... als auch bezüglich Anwendungsbereich der zu übertragenden Regelungen» eine Globalverweisung ist,²⁵⁰ darf man erwarten, dass der Gesetzgeber doch eine erhebliche Zahl von Sonderfällen nicht mitgeregelt haben möchte, zum Beispiel, da er das «Nicht-Passen» der verwiesenen Regeln nicht bedachte.²⁵¹ Erlässt er hingegen eine Verweisungsnorm wie die Artikel 26 Absätze 1 und 2 BewG – die für die «Bedeutung» von Nichtigkeit und Ungültigkeit auf die Absätze 3 und 4 verweisen –, muss man eher annehmen, dass er sich aller sich stellenden Probleme bewusst war und die Anwendbarkeit der verwiesenen Norm grundsätzlich für alle diese Probleme wollte.

Artikel 9 UWG ist Verweisungsobjekt für eine überschaubare Zahl von 141 Normen – nämlich die Artikel 2-8 UWG –, die weitgehend vergleichbare Sachverhalte erfassen,²⁵² und es handelt sich um eine Binnenverweisung. Es handelt sich also eher um eine «nahe» Verweisung im ausgeführten Sinne. Die sich aus ihr ergebende Anweisung – normative Zuständigkeit des Artikels 9 UWG – kann damit als relativ klar angesehen werden; das systematische Auslegungselement ist also stark zu gewichten.

bb. Verweisung durch Begriffe

Die Verweisung kann durch Begriffe hergestellt werden.²⁵³ Die Verweisung 142 durch die Begriffe «unlauter» (Artikel 2-8 UWG) und «widerrechtlich» (Artikel 2 UWG) einerseits und der Bedrohung, der drohenden Verletzung und der Verletzung (Artikel 9 Absatz 1 Ingress und literae a-c UWG) andererseits drängt sich zwar sprachlich nicht geradezu auf, ist aber klarerweise vom Gesetzgeber gewollt – andernfalls Artikel 9 UWG keinen Anwendungsbereich mehr hätte²⁵⁴ –, muss also (als «normativ») bejaht werden. Dass sie besteht, kann also nicht infrage gestellt werden.

Es ist zwar nicht ausgeschlossen, den äusseren Bestand eines Vertrages 143 als Verletzung zu verstehen, es drängt sich aber auch nicht geradezu auf. Der äussere Bestand eines Vertrages passt eher zu einem «Vertrag mit einem widerrechtlichen Inhalt», wie er von Artikel 20 Absatz 1 OR geregelt wird.²⁵⁵

250 SCHMID-TSCHIRREN, Art. 7 ZGB N 17.

251 So werden denn eine grosse Zahl von Bestimmungen des OR nicht (analog) im (übrigen) Zivilrecht angewandt, vgl. SCHMID-TSCHIRREN, Art. 7 ZGB N 91 ff.

252 Dazu, dass aber gerade der äussere Bestand eines Vertrages nicht vergleichbar ist mit den meisten übrigen von den Artikeln 2-7 UWG geregelten Sachverhalten, vorn N 29 ff.

253 Dazu vorn N 10.

254 Dazu und zur Bedeutung im Rahmen der Auslegung vorn N 58.

255 Zur Frage der normativen Zuständigkeit des Art. 20 Abs. 1 OR aber hinten N 263 ff.

Insofern ist das systematische Auslegungselement also weniger klar und deshalb weniger stark zu gewichten.

cc. Aufbau des Gesetzes

- 144 Der (sonstige) Aufbau des Gesetzes spricht klar für die normative Zuständigkeit des Artikels 9 UWG und damit für die Anfechtbarkeit: Die Artikel 8 und 9 UWG stehen gemeinsam im «2. Kapitel: Zivil- und prozessrechtliche Bestimmungen». Immerhin lässt sich doch argumentieren, dass ein ex lege unwirksamer Vertrag gar keine Verletzung darstellen kann. Das Argument ähnelt der «logischen Sekunde»,²⁵⁶ indem der Vertrag durch seinen äusseren Abschluss eben gar nicht erst entsteht, sodass die Ansprüche des Artikels 9 UWG gar nicht erst entstehen können. Zwar können logische Argumente über die Rechtslage nicht allein entscheiden; dass sie darüber nicht *mitentscheiden* können, ist damit aber nicht gesagt. Vielmehr ist dieses konstruktive Argument – Nicht-Entstehen eines Vertrages trotz Erfüllens des Tatbestandes des Artikels 1 OR bei Verletzung der Schranken der Vertragsfreiheit – als eines unter mehreren zu berücksichtigen. Es ist also nicht klar, ob der Abschluss und der nur äussere Bestand eines Vertrages, der Artikel 8 UWG verletzt, überhaupt von Artikel 9 UWG erfasst werden kann.

dd. Ergebnis

- 145 Die Systematik des Gesetzes gibt ein nicht allzu klares Ergebnis, spricht aber eher für Anfechtbarkeit.

c. Gewichtung des historischen Elements

- 146 «Die Materialien fallen nach der Rechtsprechung nur ins Gewicht, wenn sie angesichts einer unklaren gesetzlichen Bestimmung eine klare Antwort geben und im Gesetzeswortlaut einen Niederschlag gefunden haben.»²⁵⁷ Daraus ergeben sich drei Voraussetzungen dafür, dass die Materialien überhaupt zu berücksichtigen sind.
- 147 Zunächst muss eine unklare gesetzliche Bestimmung vorliegen. Auch hier kann aber nichts anderes gelten als für den Wortlaut: Umso weniger klar die Bestimmung ist (was ja nichts anderes sein kann als unklare Ergebnisse

256 Zur «logischen Sekunde» als (als solches grundsätzlich zulässiges) konstruktives Argument HASSOLD, S. 134. Kritisch zum «normativen Gehalt» der «logischen Sekunde» aber BYDLINSKI, Mitte, S. 349.

257 BGE 116 II 525 Erw. 2. b S. 527. Für die letzte Voraussetzung vgl. auch BGE 139 III 368 Erw. 3. 2 S. 373 (Herv. hinz.): «Insbesondere bei verhältnismässig jungen Gesetzen darf der Wille des historischen Gesetzgebers nicht übergangen werden. *Hat dieser Wille jedoch im Gesetzestext keinen Niederschlag gefunden, so ist er für die Auslegung nicht entscheidend.*»

aus anderen Auslegungsergebnissen), desto eher sind andere Auslegungselemente – hier: die Materialien – relevant. Es geht also nicht um das (Nicht-)Überschreiten einer Grenze der Klarheit, sondern um das Ausmass der (Un-)Klarheit. Die Artikel 8 und 9 UWG sind nach dem bisher Erkannten eher unklar, im Sinn der bundesgerichtlichen Rechtsprechung also wohl unklar.

Weiter müssen die Materialien eine klare Antwort geben.²⁵⁸ Auch das ist nichts anderes als das, was das Abwägungsmodell vorgibt: Aus der historischen Auslegung muss sich eine (verglichen mit den anderen Auslegungselementen relativ) klare Antwort ergeben. In der Botschaft wurde Nichtigkeit erwähnt, anlässlich der parlamentarischen Beratung auf Artikel 21 und 31 OR hingewiesen, von Bundesrat Schneider-Ammann²⁵⁹ wurde in den Verhandlungen auf Artikel 20 OR hingewiesen (wobei beide Voten unbestritten blieben). Das ist zumindest keine klare Antwort.

Weiter müssen «[d]ie Materialien ... im Gesetzeswortlaut einen Niederschlag gefunden haben». Weder das eine noch das andere Votum diene der Erläuterung einer – im Entwurf bereits vorhandenen oder neu vorgeschlagenen – besonderen Formulierung des Gesetzestextes. Diese Voraussetzung ist damit nicht erfüllt.²⁶⁰

Das Bundesgericht relativiert die Bedeutung der Materialien weiter (oder präzisiert zumindest die Voraussetzung des «Niederschlag-Findens»): «Die Materialien sind dabei für die Gesetzesinterpretation weder verbindlich noch für die Auslegung unmittelbar entscheidend; denn ein Gesetz entfaltet ein eigenständiges, vom Willen des Gesetzgebers unabhängiges Dasein, sobald es in Kraft getreten ist. Insbesondere sind Äusserungen von Stellen oder Personen, die bei der Vorbereitung mitgewirkt haben, nicht massgebend, wenn sie im Gesetzestext nicht selber zum Ausdruck kommen. Das gilt selbst für Äusserungen, die unwidersprochen geblieben sind. Als verbindlich für die Gerichte können nur die Normen selber gelten, die von der gesetzgebenden Behörde in der hierfür vorgesehenen Form erlassen worden sind.»²⁶¹

258 Vgl. auch BGE 139 III 368 Erw. 3.2 S. 373: «Wo die Materialien keine klare Antwort geben, sind sie als Auslegungshilfe nicht dienlich.»

259 Der Bundesrat nimmt an den Verhandlungen teil (Art. 159 Abs. 1 ParlG), ist aber nicht Teil des Gesetzgebers in dem Sinne, dass er über Erlass oder Nichterlass (oder Inhalt) von Gesetzen mitentscheidet (vgl. nur Art. 156 Abs. 2 BV; aber immerhin Art. 160 Abs. 2 BV, Art. 7 RVOG und Art. 5 Abs. 1 lit. a VIG).

260 Ob bei Anwendung eines «Abwägungsmodells» das gänzliche Fehlen dieser Voraussetzung durch ein besonders starkes Vorliegen einer anderen Voraussetzung – namentlich bei besonderer klaren (übereinstimmenden) Äusserungen der «Gesetzgebungs-Akteure» – ersetzt werden könnte, muss hier nicht untersucht werden, da sich aus den Materialien nichts Klares ergibt.

261 BGE 139 III 368 Erw. 3.2 S. 373.

151 Beim Bundesrat – sowohl dem «Gesamtbundesrat», der Autor der Botschaft ist, wie beim einzelnen Mitglied des Bundesrates, das an der parlamentarischen Beratung teilnimmt – handelt es sich um solche «Stellen oder Personen, die bei der Vorbereitung mitgewirkt haben», aber nicht selber Teil des Gremiums waren, das das Gesetz erliess. Deren Äusserungen müssen «im Gesetzestext ... selber zum Ausdruck kommen», was aber nach dem zuerst zitierten Urteil für alle Äusserungen in den Materialien gilt, also auch für solche der Parlamentarier. Dem Votum von Bundesrat Schneider-Ammann kommt also (nach dem zuletzt zitierten Urteil) möglicherweise (noch) weniger Gewicht zu als dem eines Parlamentariers.

152 Die historische Auslegung, hier vorgenommen anhand der Materialien, ist von geringem Gewicht. Ohnehin spricht sie mit etwa gleichem Gewicht für die eine wie für die andere Lösung. Immerhin sprechen die Materialien zum früheren Recht eher für Anfechtbarkeit.

d. Gewichtung des teleologischen Elements

153 Die Besonderheit des Tatbestands «äusserer Bestand eines Vertrages» innerhalb des (vermuteten) «Bereichs normativer Zuständigkeit» des Artikels 9 UWG²⁶² allein ist ohne Bedeutung. Der Gesetzgeber wollte jedoch mit den Artikeln 9 und 10 UWG die Rechtsdurchsetzung verbessern, was bei blosser Anfechtbarkeit nur beschränkt gelingen würde. Denn wenn (auch) der Gesetzgeber den Konsumenten als «schwächere Partei» wahrnimmt und von ihm eine «aktive» Geltendmachung seiner Rechte nicht erwartet – deshalb soll er ja erst geschützt werden –, wird er ihm eine solche auch nicht durch eine Anfechtungs-Obliegenheit zumuten wollen. Zudem dient Artikel 8 UWG auch öffentlichen Interessen, deren Durchsetzung nicht den einzelnen Privaten überlassen werden kann.

154 Eine systemkonforme (namentlich wertungskonforme) Einordnung der Artikel 8 und 9 UWG in die «Rechtsfolgen-Ordnung» der Artikel 28a ZGB, 5 KG, 20, 21 und 30 OR verlangt relativ stark – nur schon aufgrund der Vielzahl solcher Normen –, dass vertragliche Rechtsfolge der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen nicht Anfechtbarkeit, sondern Unwirksamkeit ex lege ist.

e. «Ergebnisorientierte» Gewichtung der Auslegungselemente

155 Im Folgenden sollen Argumente erwähnt werden, die sich nicht der Gewichtung des einen oder anderen Auslegungselements zuordnen lassen – oder

262 Dazu vorn N 29 ff.

noch weniger als die anderen Argumente, da schon die Zuordnung eines Argumentes zu einem Auslegungselement oft nicht klar oder gar zwingend ist.

aa. Problem der Befristung der Anfechtbarkeit

Artikel 9 UWG sieht keine Befristung der Anfechtbarkeit vor. Die Artikel 21 und 31 OR hingegen befristen die Möglichkeit zur Anfechtung auf jeweils ein Jahr nach Abschluss des Vertrages, nach Entdeckung des Irrtums oder der Täuschung beziehungsweise nach Wegfall der Furcht. Die Annahme, Artikel 9 UWG sei normativ zuständig für die Regelung der vertraglichen Rechtsfolge der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen, würde eine Anfechtungsmöglichkeit ohne Befristung schaffen. Das wäre angesichts der Artikel 21 und 31 OR systemwidrig, da diese eine solche vorsehen.

Eine – im Gegensatz zu den Artikeln 21 und 31 OR – unbefristete Anfechtungsmöglichkeit gewichtet die durch die verletzte Norm verfolgten Interessen stärker als die Rechtssicherheit und das Vertrauen des «Anfechtungsgegners» in den (Weiter-)Bestand des Vertrages. Diese gesetzliche Wertung ergibt sich jedoch teilweise auch bei den Artikeln 21 und 31 OR. Der Gesetzgeber hat nämlich keine absolute Verjährungsfrist vorgesehen, sodass es durchaus auch bei den Artikeln 21 und 31 OR vorkommen kann, dass ein Vertrag noch nach etlichen Jahren angefochten wird.²⁶³ Dass bei Artikel 9 UWG überhaupt keine – auch keine relative – Verjährungsfrist vorgesehen ist,²⁶⁴ widerspricht also den wertungsmässig vergleichbaren Artikeln 21 und 31 OR. Der Widerspruch ist aber nur beschränkt, da die Möglichkeit einer Anfechtbarkeit auch nach sehr langer Zeit – nach Ansicht des Bundesgerichts – auch bei den Artikeln 21 und 31 OR der gesetzlichen Wertung entspricht. Wiederum wird jedoch bei den Artikeln 21 und 31 OR die Anfechtungsmöglichkeit jedenfalls – also auch lange nach Vertragsschluss – durch die relative Frist begrenzt, während bei Artikel 9 UWG überhaupt keine zeitliche Begrenzung bestehen würde. Immerhin könnte der Anfechtungsanspruch, verstanden als materieller Anspruch,²⁶⁵ zwar nicht verjähren, aber doch verwirken.²⁶⁶

Dieser Wertungswiderspruch besteht dann nicht, wenn man annimmt, dass auch die Anfechtbarkeit eines Vertrags, der Artikel 8 UWG verletzt, in

263 BGE 114 II 131 Erw. 2.b S. 141; im Ergebnis wird das allerdings durch die Verjährung der Rückforderungsansprüche durch Art. 67 Abs. 1 OR relativiert: BGE 114 II 131 Erw. 3 S. 141 ff., insbesondere S. 143 f.

264 Wobei man sich fragen kann, wodurch diese dann ausgelöst würde, nachdem der Wegfall des Willensmangels, auf den die Art. 21 und 31 OR abstellen, bei Artikel 8 UWG – der einen solchen nicht voraussetzt – kein Kriterium sein kann.

265 DOMEJ, Vor Art. 9–13a UWG N 1.

266 DOMEJ, Art. 9 UWG N 111 ff.

analoger Anwendung der Artikel 21 und 31 OR auf ein Jahr – ab Vertragsschluss oder aber Entdeckung des Mangels – beschränkt wird. Allerdings wäre die dafür nötige Begründung methodisch inkonsequent. Zunächst müssten die formellen Elemente – Wortlaut und Systematik – vorgehen, die für die normative Zuständigkeit des Artikels 9 UWG und damit für die Anfechtbarkeit sprechen. Gleichzeitig müssten allerdings die teleologischen Elemente – Gesetzeszweck, Systemgerechtigkeit – vorgehen, die für eine Befristung der Anfechtbarkeit sprechen. Es ist zwar nicht auszuschliessen, dass für die eine Frage die einen, für die andere Frage die anderen Elemente überwiegen – die Abwägung der Auslegungselemente kann nur für den Einzelfall geschehen –, doch müsste diese Differenzierung wohl besonders (gut) begründet werden. Solche Gründe sind aber nicht ersichtlich.

bb. Gestaltungsklagerecht?

159 Die Anfechtungsmöglichkeit des Konsumenten wurde mit der Anfechtung gemäss den Artikeln 21 und 31 OR verglichen. Nach Artikel 9 Absatz 1 UWG jedoch «kann [, wer durch unlauteren Wettbewerb ... bedroht oder verletzt wird,] dem Richter beantragen: ...». Nach dem Wortlaut des Gesetzes handelt es sich also nicht um ein Gestaltungsrecht – in der Form eines Anfechtungsrechts –, sondern um ein Gestaltungsklagerecht.²⁶⁷ Das allgemeine Vertragsrecht sieht solche Rechte kaum vor.²⁶⁸ Die Annahme eines Gestaltungsklagerechts bei Artikel 8 UWG scheint schon deshalb eher systemwidrig.²⁶⁹

160 Gegen die Zulässigkeit eines privaten Gestaltungsaktes wie bei einem Gestaltungsrecht und damit für ein Gestaltungsklagerecht «sprechen gleichermaßen das Interesse der Rechtssicherheit sowie der Schutz Dritter, die von der Rechtsgestaltung betroffen sind»²⁷⁰. Aufgrund der grundsätzlich nur

267 Nach GAUCH, UWG, S. 57, sei es eine «Anfechtungsklage», was wohl nichts anderes ist, da ein Anfechtungs- ein Gestaltungsrecht ist.

268 MARKUS, Art. 87 ZPO N 17 (S. 941 f.), erwähnt aus den «Allgemeinen Bestimmungen» (Erste Abteilung, Art. 1-183 OR) nur Art. 2 Abs. 2, Art. 93 Abs. 1, Art. 98 Abs. 1, Art. 163 Abs. 3 (gegen ein Gestaltungsklagerecht hier aber HÜRLIMANN, N 294, vgl. auch BGE 138 III 746 Erw. 6.1.1 S. 748) und Art. 166 OR, zudem Art. 13 lit. a KG (S. 948). Vgl. auch OBERHAMMER, Art. 87 ZPO N 2: «Privatrechtlicher «Normalfall» ist die Ausübung von Gestaltungsrechten (...) durch Willenserklärung (Gestaltungserklärung). Die Existenz einer Gestaltungsklage bedarf dagegen besonderer (grundsätzlich materiell-rechtlicher) Anordnung.» Zwar ist die Frage, ob das Gesetz eine solche vorsieht, gerade erst zu klären (da eine solche trotz des «numerus clausus» der Gestaltungsklagen keiner ausdrücklichen Grundlage bedarf, sondern sich auch durch Auslegung ergeben kann, ebd.). Hier geht es aber nur einmal um die «Systemgerechtigkeit» der Annahme eines Gestaltungsklagerechtes.

269 So im Ergebnis HÜRLIMANN, N 273 (Herv. wegg.): «Die «Reduktion» besteht in keinem Fall darin, dass die Wirkung einer übermässigen Abrede durch Gestaltungsurteil «auf das zulässige Mass» herabgesetzt würde.»

270 MARKUS, Art. 87 ZPO N 2.

relativen Wirkung eines Vertrages betrifft dessen Wirksamkeit oder Unwirksamkeit nur die daran beteiligten Parteien. Dritte müssen nicht geschützt werden – weder dadurch, dass dem Berechtigten nur ein Gestaltungsklagerecht zugestanden wird, das ihn in ein förmliches Verfahren zwingt, noch dadurch, dass durch ein Gestaltungsurteil Rechtssicherheit geschaffen wird.²⁷¹ Die Rechtsunsicherheit allein zwischen den Parteien nimmt das Privatrecht auch andernorts hin (gerade bei Artikel 20 Absatz 1 OR), sodass das nicht für die Annahme eines Gestaltungsklagerechts spricht. Soweit die Rechtsunsicherheit unzumutbar ist, steht den Parteien – wo eine Leistungsklage nicht möglich ist, beispielsweise zur vorsorglichen Klärung der Rechtslage – eine Feststellungsklage (Artikel 88 ZPO) zur Verfügung.

Die Annahme eines Gestaltungsklagerechtes ist damit mit dem Wortlaut des Gesetzes zwar vereinbar, aber mit seinem Zweck – der Verbesserung der Rechtsdurchsetzung – nur schwer und mit den sonstigen gesetzlichen Wertungen über die Anordnung von Gestaltungsklagerechten kaum vereinbar.²⁷²

Das teleologische Auslegungselement spricht damit ziemlich klar für die Unwirksamkeit ex lege eines Vertrages, der Artikel 8 UWG verletzt.¹⁶²

V. Ergebnis

Die formellen Auslegungselemente – grammatikalisches und systematisches Element – bleiben eher unklar, wenn sie auch eher für die normative Zuständigkeit des Artikels 9 UWG und damit für Anfechtbarkeit sprechen. Das historische Element ist nicht ergiebig. Aus der Teleologie des Gesetzes – der Artikel 8, 9 und 10 UWG, aber auch der Wertungen des Gesetzes in anderen Normen – ergibt sich hingegen relativ klar die Annahme einer Unwirksamkeit ex lege. Damit kommt diesen Auslegungselementen hier das Übergewicht zu. Sie entscheiden also die gestellte Frage.¹⁶³

Ein Vertrag, der unter Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen geschlossen wurde, ist also – jedenfalls soweit er Artikel 8 UWG verletzt²⁷³ – nicht nur anfechtbar, sondern ex lege unwirksam.¹⁶⁴

271 Diese Rechtssicherheit wäre ohnehin nur eine beschränkte, denn die Annahme eines Gestaltungsklagerechtes führt nicht zu Verbindlichkeit und Rechtssicherheit gegenüber Dritten (die wie ausgeführt ohnehin kaum betroffen sind). Vgl. dazu OBERHAMMER, Art. 87 ZPO N 5, der auf die unzutreffende Annahme einer «Superrechtskraft» des Gestaltungsurteils hinweist, «welche den Eintritt der durch das Urteil verfüigten Rechtsänderung gegenüber jedermann verbindlich feststellt»: Es trete – vorbehältlich einer gesetzlichen Rechtskrafteerstreckung – Gestaltungswirkung (gegenüber Dritten) nur ein, «wenn der zugrunde liegende Gestaltungsgrund tatsächlich vorlag» (N 6).

272 Für ein Gestaltungsklagerecht aber die bei WALKER, S. 166 Fn. 1174, Verwiesenen.

273 Dazu hinten N 165 ff. (Teil 2 dieser Arbeit).

Teil 2:

Umfang der Unwirksamkeit

Kapitel 1: Ausgangslage, Fragestellung

Unabhängig von der Frage, ob der Vertrag, der unter Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen geschlossen wurde, anfechtbar oder ex lege unwirksam ist – nach dem Ausgeführten ist er ex lege unwirksam –, stellt sich die Frage, welche Rechtslage zwischen den Parteien gilt, entweder eben ex lege, also bereits durch den (äusseren) Abschluss eines solchen Vertrages, oder bei (erfolgreicher) Anfechtung (sei diese nun eine Gestaltungserklärung oder eine Gestaltungsklage). 165

Denkbar sind grundsätzlich zwei Möglichkeiten. Entweder gilt zwischen den Parteien, was sie (gerade noch) zulässigerweise hätten vereinbaren dürfen. Dies wird im Folgenden als «Geltung des Zulässigen» bezeichnet (genauer wäre: Geltung des gerade noch Zulässigen). Oder es gilt zwischen den Parteien eine Rechtslage, die sich von der Rechtslage unterscheidet, die sie gerade noch zulässigerweise hätten vereinbaren dürfen. Das heisst, die Rechtslage ist für die eine Partei besser, für die andere schlechter; die Unwirksamkeit kann als «erweiterte» bezeichnet werden. 166

§7 Möglichkeiten einer Erweiterung der Unwirksamkeit

I. Unzulässigkeit aufgrund des Masses

Ist eine Vereinbarung aufgrund ihres Masses unzulässig – bei Artikel 8 UWG: 167 missbräuchlich²⁷⁴ –, bedeutet Geltung des Zulässigen, dass zwischen den Parteien das zulässige Mass gilt.²⁷⁵

274 In dieser Arbeit wird nur die vertragliche Rechtsfolge der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen untersucht. Die Frage nach dem Umfang der Unwirksamkeit stellt sich aber bei der Verletzung anderer Schranken der Vertragsfreiheit genauso.

275 Ob dieses Mass durch Reduktion des Unzulässigen oder durch Wegfall der Vereinbarung und Geltung einer «Ersatzregelung» erreicht wird, spielt dabei keine Rolle; vgl.

168 Allgemeine Geschäftsbedingungen können zum Beispiel vorsehen, dass der AGB-Verwender keine Haftung (selbst) für grobe Fahrlässigkeit trägt. Nach Artikel 100 Absatz 1 OR ist «[e]ine zum voraus getroffene Verabredung, wonach die Haftung für rechtswidrige Absicht oder grobe Fahrlässigkeit ausgeschlossen sein würde, ... nichtig»²⁷⁶. Die Geltung des Zulässigen würde bedeuten, dass der AGB-Verwender lediglich die Haftung für leichte Fahrlässigkeit nicht trägt, denn diese hätten die Parteien zulässigerweise (und damit wirksam) ausschliessen können.²⁷⁷ Eine Erweiterung der Unwirksamkeit könnte bedeuten, dass jede Partei für ihr eigenes Verschulden haftet, wie es die Artikel 97 und 99 Absatz 1 OR vorsehen, was man also als angemessen betrachten kann (das kann man dann als «Geltung des Angemessenen» bezeichnen). Die unzulässige Vereinbarung wird also in ihrem Mass weiter verändert, als es die Einhaltung der Schranken der Vertragsfreiheit selber fordert. Denkbar wäre sogar, die Haftung noch weiter zu «verschieben», indem der AGB-Verwender auch für leichte Fahrlässigkeit des Konsumenten haftet.

169 Übermässige Kündigungsfristen oder seltene Kündigungstermine (oder beides gemeinsam) (zum Beispiel eine Kündigungsfrist von zwölf Monaten und einmal jährlicher Kündigungstermin) können eine Verletzung von Artikel 8 UWG sein.²⁷⁸ Eine Geltung des Zulässigen könnte eine Kündigungsfrist von sechs Monaten mit monatlichem Kündigungstermin sein. Eine Geltung des Angemessenen könnte eine Kündigungsfrist von drei Monaten auf Ende eines jeden Monats sein.²⁷⁹ Eine darüber hinaus erweiterte Unwirksamkeit könnte ein jederzeitiges Kündigungsrecht mit einer kurzen Kündigungsdauer sein.

aber hinten N 206 ff., insbesondere N 210. «Reduktion» kann wiederum als Resultat betrachtet werden oder als Weg zu oder Begründung für dieses Resultat (vgl. UFFMANN, Reduktion, S. 214 einerseits, S. 215 f. andererseits). Hier geht es einmal allein um das Ergebnis.

276 Die Rechtsfolge der Verletzung von Art. 100 OR wird in dieser Arbeit nicht untersucht. Denkbar ist zudem, dass Art. 8 UWG «strenger» ist als Art. 100 OR, also schon Haftungsausschlüsse verbietet, die nach Art. 100 OR zulässig wären (wobei Art. 100 OR nicht nur für allgemeine Geschäftsbedingungen gilt). Das ist hier ebenfalls nicht zu untersuchen. Dennoch ist Art. 100 OR ein anschauliches Beispiel für die «erweiterte Unwirksamkeit». BORNHAUSER/RUSCH, S. 1237 f., nehmen aber auch für Art. 100 OR an, dass die Verletzung «nicht bloss zu einer geltungserhaltenden Reduktion auf das erlaubte Mass» führt; ebenso RUSCH, Auslegung, S. 208 f. Wenn allerdings eine erweiterte Unwirksamkeit trotz des Präventionszwecks von Art. 8 UWG abgelehnt wird (hinten N 398 ff.), müsste das erst recht für Art. 100 OR gelten, der jedenfalls nicht (wie Art. 8 UWG aufgrund von Art. 1 UWG) spezifisch einen solchen Zweck verfolgt.

277 Unter der Annahme, dass kein Fall des Abs. 2 vorliegt.

278 Vgl. § 309 Nr. 9 BGB («Laufzeit bei Dauerschuldverhältnissen»).

279 Vgl. Art. 266c OR. Dieser sieht eine Kündigungsmöglichkeit «auf Ende einer dreimonatigen Mietdauer» vor, was aber jedenfalls bei Mietbeginn am Ersten eines Monats – was die Regel sein dürfte – das Gleiche ist. Ob Mietverträge Art. 8 UWG unterstellt sind, ist hier nicht zu untersuchen.

Man kann eine solche Rechtsfolge als «quantitative Erweiterung» der Unwirksamkeit bezeichnen, da das Mass der Vereinbarung, die eben aufgrund ihres Masses unzulässig ist, verändert wird. 170

II. «Qualitative» Erweiterung

Es gibt aber auch AGB-Vereinbarungen, bei denen die Unzulässigkeit nicht im Mass liegt. Ein Verstoss gegen Artikel 8 UWG kann es zum Beispiel sein, wenn AGB eine Entbindung vom Anwaltsgeheimnis enthalten; oder ein Verstoss gegen Artikel 8 UWG kann es sein, wenn AGB vorsehen, dass der AGB-Verwender die allgemeinen Geschäftsbedingungen nachträglich durch einseitige Erklärung abändern könne.²⁸⁰ Nach deutschem Recht sind zum Beispiel die Vereinbarung eines Rücktrittsvorbehalts, fingierter Erklärungen oder von Zugangsfiktionen unzulässig.²⁸¹ Solche Vereinbarungen sind aber nicht «messbar», und sie wären auch nicht deshalb unzulässig, weil sie ein bestimmtes Mass übersteigen, sondern weil sie überhaupt vereinbart wurden (und, soweit nötig, die weiteren Voraussetzungen für ihre Missbräuchlichkeit vorliegen).²⁸² Ihre Unwirksamkeit hat also zur Folge, dass sie überhaupt nicht gelten. Sie können also auch nicht erweitert unwirksam sein, denn sie sind ohnehin – damit sie nicht unzulässig bleiben – vollständig unwirksam. 171

Das Gleiche gilt, wo das gerade noch Zulässige gleichzeitig das Angemessene ist. Es gibt Normen, bei denen sich das unmittelbar aus dem Gesetz ergibt. So hat der Arbeitnehmer grundsätzlich vier Wochen Ferien.²⁸³ Wurde nichts vereinbart, gilt also eine Feriendauer von vier Wochen. Diese Norm ist auch zwingend.²⁸⁴ Wurden weniger als vier Wochen vereinbart, hat der Arbeitnehmer trotzdem vier Wochen Ferien. Das gerade noch Zulässige – vier Wochen – ist also das Gleiche wie das Angemessene²⁸⁵ – vier Wochen. Denkbar wäre 172

280 Vgl. HEISS, Art. 8 UWG N 232, N 234.

281 § 308 Nr. 3, 5 und 6 BGB.

282 Ob die genannten Vereinbarungen überhaupt oder immerhin bei Vorliegen weiterer Voraussetzungen missbräuchlich (Art. 8 UWG) sind, ist hier nicht zu untersuchen. Ihre Unzulässigkeit nach Schweizer Recht ergibt sich jedenfalls nicht schon daraus, dass ein ausländisches Recht sie verbietet, auch nicht, soweit sich das ausländische Recht aus einer Vorgabe des europäischen Rechts ergibt (vgl. dazu hinten N 442 ff.).

283 Art. 329a Abs. 1 OR.

284 Art. 362 Abs. 1 OR. Es ergibt sich wohl auch schon aus dem Wortlaut von Art. 329a Abs. 1 OR.

285 Wenn man einmal davon ausgeht, angemessen sei das, was das dispositive (und hier eben: «gleichzeitig» zwingende) Recht vorsieht. Dazu ist man wohl gezwungen, denn nach Ansicht des Gesetzgebers ist es angemessen. Es ist gewissermassen «normativ» das Angemessene. Vgl. dazu BUCHER, Dispositives Gesetzesrecht, S. 256: «Ein möglicher Zweck dispositiver Normen deckt sich mit dem Zweck aller Rechtsnormen, nämlich eine gerechte, inhaltlich angemessene Ordnung zu geben.»

zwar, dem Arbeitnehmer für den Fall, dass der Arbeitsvertrag unzulässigerweise nur drei Wochen Ferien vorsieht, fünf Wochen zu gewähren, was ebenfalls eine erweiterte Unwirksamkeit wäre.²⁸⁶ Das ändert aber nichts daran, dass das gerade noch Zulässige und das Angemessene das Gleiche sind (sondern wäre dann einfach eine «Reduktion» auf weniger als das Angemessene und Zulässige).

173 Auch im Mietrecht entspricht das Angemessene wohl dem (gerade noch) Zulässigen. Zwar spricht Artikel 269 OR von «missbräuchlich[en]» Mietzinsen²⁸⁷ und von einem «offensichtlich übersetzten Kaufpreis». Gleichzeitig sind Mietzinse aber schon dann missbräuchlich, «wenn damit ein übersetzter Ertrag aus der Mietsache erzielt wird». Ein angemessener Ertrag dürfte gerade das Gegenteil von einem «übersetzte[n]» Ertrag sein, ohne dass es dazwischen noch etwas anderes gibt (also einen Preis, der zwar nicht mehr angemessen, aber auch noch nicht übersetzt ist).

174 Die Geltung des Angemessenen ist hier keine (gegenüber der Geltung des Zulässigen) erweiterte Unwirksamkeit, da das Angemessene und das Zulässige das Gleiche sind.

175 Bei Artikel 8 UWG liegt ein solcher Fall aber nicht vor. Zwar enthält der geltende Artikel 8 UWG keinen Hinweis auf das dispositives Recht; dies anders als noch Artikel 8 UWG-1986.²⁸⁸ Dieses Tatbestandsmerkmal wurde aber nicht aufgehoben, weil jede Abweichung vom dispositiven Recht (mittels allgemeiner Geschäftsbedingungen) missbräuchlich sein sollte; vielmehr wollte man damit erreichen, dass «entgegen Treu und Glauben erheblich von der gesetzlichen Ordnung abweichende allgemeine Geschäftsbedingungen nicht per se mit dem Verdacht der Unlauterkeit behaftet» sind.²⁸⁹ Dass das dispositive Recht weiterhin von Bedeutung ist für die Frage, was missbräuchlich ist,²⁹⁰

286 Vorausgesetzt, er hat nicht als Unter-21-Jähriger ohnehin einen Anspruch auf fünf Wochen Ferien. In einem solchen Fall stellt sich das Problem genau gleich, einfach «verschoben» um eine Woche. Unzulässig wäre also die Vereinbarung von vier (statt fünf) Wochen.

287 Auch Art. 8 UWG spricht von «missbräuchlichen Geschäftsbedingungen». Hier ist die Schranke der Zulässigkeit aber etwas anderes als das Angemessene (hinten N 175 ff.).

288 «Unlauter handelt insbesondere, wer vorformulierte allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die in irreführender Weise zum Nachteil einer Vertragspartei von der unmittelbar oder sinngemäss anwendbaren gesetzlichen Ordnung erheblich abweichen» (Art. 8 lit. a UWG-1986).

289 Votum SCHNEIDER-AMMANN, AB-SR 2011 I (Frühjahrssession), S. 305.

290 So COENDET, S. 62 ff., insbesondere S. 64: «Welches Referenzsystem [der Gesetzgeber] zu Grunde legen wollte, bleibt unklar. Hier besteht folglich eine Lücke. Es bietet sich an, diese Lücke für Nominatverträge mit dem dispositiven Recht als massgebliche Bezugsgrösse zu schliessen, da dieses am meisten Rechtssicherheit verspricht.» Ebenso THOUVENIN, Art. 8 UWG N 127, mit weiteren Hinweisen. Würde man statt der vom Gesetzgeber (als dispositives Recht) erlassenen Normen ein anderes «Referenzsystem»

ändert nichts daran, dass Artikel 8 UWG eben nicht festhält, was angemessen (oder gerade nicht mehr angemessen) ist, sondern ein vom Angemessenen Abweichendes, eben das Zulässige. Für das deutsche Recht ist allerdings umstritten, ob die §§ 305 ff. BGB (als [gerade noch] Zulässiges) das festhalten, was angemessen ist, oder etwas anderes.²⁹¹ Nach dem Ausgeführten ist Artikel 8 UWG aber nicht so zu verstehen, dass die von ihm aufgestellten Grenzen dem Angemessenen entsprechen.²⁹²

In den genannten Fällen – in denen nicht das Mass die Vereinbarung unzulässig macht oder in denen das Angemessene auch das (gerade noch) Zulässige ist – kommt eine Erweiterung der Unwirksamkeit durch Veränderung des Masses – also eine «quantitative Erweiterung» – überhaupt nicht in Betracht beziehungsweise nur bei einer Erweiterung «unter» nicht nur das gerade noch zulässige, sondern gar unter das angemessene Mass.²⁹³

Es bleibt aber die Möglichkeit einer «qualitativen Erweiterung». Die allgemeinen Geschäftsbedingungen bestehen regelmässig nicht nur aus einer Vereinbarung über die Haftung oder über Kündigungsfristen und -termine und auch nicht allein aus Vereinbarungen über Rücktrittsvorbehalte, fingierte Erklärungen oder Zugangsfiktionen, sondern enthalten zahlreiche weitere Vereinbarungen. Denkbar ist also, dass die Unwirksamkeit auch einzelne oder mehrere dieser weiteren Vereinbarungen erfasst (oder zum Beispiel, wo nur die Kündigungsfrist übermässig und unzulässig ist, auch den an sich zulässigen Kündigungstermin [zum Beispiel auf Ende eines jeden Monats] erfasst, womit eine jederzeitige fristlose Kündigung [für den Konsumenten] möglich ist).²⁹⁴ Das kann namentlich dann gerechtfertigt erscheinen, wenn

annehmen, würde der gesetzgeberische Wille (eine Missbrauchskontrolle, vgl. nur die Sachüberschrift) gerade ins Gegenteil verkehrt. Es wäre dann an jedem Rechtsanwender, «modo legislatoris» zu entscheiden, was er als angemessen (und eben nicht mehr angemessen) erachtet.

291 Zur Kontroverse für das BGB vgl. UFFMANN, Reduktion, S. 230 ff., und zum AGB-Gesetz schon ULMER, S. 2029. «Der BGH und der überwiegende Teil des Schrifttums» nähmen aber auch für das BGB an, dass es sich bei den §§ 307 ff. BGB nur um einen «Mindeststandard», also nicht das Angemessene, handle (UFFMANN, Reduktion, S. 230; sie selber ist aber anderer Ansicht, S. 232).

292 Anders aber ERNST, Vertragsordnung, S. 51: «[Das dispositive Recht] wirkt nun als zwingende Schranke gegenüber einer abweichenden Regelung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen ... Im Massengeschäft gibt das Gesetz damit die Vertragsbedingungen zwingend vor, soweit es für den betreffenden Vertragstyp einschlägige Dispositivnormen enthält.»

293 Vgl. schon vorn N 169, auch vorn N 171 ff. Ob in gewissen Fällen sogar eine solche Erweiterung zulässig wäre, wird nicht gesondert geprüft. Denn es wird sich zeigen, dass überhaupt keine Erweiterung – auch nicht auf das Angemessene, wo dies vom Zulässigen abweicht – zulässig ist.

294 Zu weiteren Beispielen hinten Fn. 415 f.

mehrere Vereinbarungen in einer einzigen Klausel getroffen werden; es wäre dann denkbar, dass die ganze Klausel unwirksam ist.²⁹⁵

III. Ganzwegfall des Vertrages oder der allgemeinen Geschäftsbedingungen

- 178 Denkbar wäre weiter, dass der Vertrag vollständig wegfällt, wie dies Artikel 20 Absatz 2 OR für den Fall vorsieht, dass dies dem hypothetischen Willen der Parteien entspricht (oder genauer: dass das Aufrechterhalten des «zulässigen» Vertrages dem hypothetischen Willen zumindest einer der Parteien nicht entspricht). Das wird aber – und aufgrund des Zwecks von Artikel 8 UWG zu Recht – mehrheitlich abgelehnt. Denkbar wäre auch, dass immerhin die gesamten allgemeinen Geschäftsbedingungen wegfallen.²⁹⁶ Diese beiden Varianten werden im Folgenden aber nicht weiter betrachtet.

§8 Übersicht über die Lehre

- 179 Die Lehre²⁹⁷ geht mehrheitlich davon aus, dass vertragliche Rechtsfolge der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen – oder überhaupt der Verletzung von Schranken der Vertragsfreiheit, die eine Partei schützen – nicht die Geltung des Zulässigen ist, sondern dass die sich ergebende Rechtsbeziehung zwischen den Parteien für den AGB-Verwender schlechter sei als die, die die Parteien zulässigerweise hätten vereinbaren können.²⁹⁸ Sie geht

295 Das kann sich namentlich aus Art. 20 Abs. 2 OR ergeben, wonach einzelne «Teile» – französisch «certaines de ses clauses» – nichtig sein können. Dazu hinten N 206 ff.

296 Vgl. WIDMER, N 324: «Der Wortlaut von Art. 8 UWG (...) könnte darauf schliessen lassen, dass die Verwendung von missbräuchlichen Geschäftsbedingungen zur Nichtigkeit der gesamten AGB und nicht nur der zu beurteilenden Klausel führt. Die Bestimmung muss jedoch anders gelesen werden.»

297 Zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung hinten N 202 ff.

298 DAVID/JACOBS, N 399; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1155b; HERZOG, Art. 20 OR N 19 (der den dort zitierten Entscheid des Bundesgerichts jedenfalls im «sonderprivatrechtlichen Konsumentenschutzkontext» befürwortet); JUNG, Inhaltskontrolle, S. 161 f.; KOLLER TH., Auslegeordnung, S. 67: «Wer versucht, bei der Formulierung von AGB-Klauseln den Spielraum etwas zu stark zu seinen Gunsten auszunutzen, muss damit rechnen, dass die Klausel als Ganzes entfällt und dass er damit schlechter dasteht, als wenn er die Klausel etwas zurückhaltender formuliert hätte»; KRAMER, BeKomm, Art. 19-20 OR N 376 f.; KUT/STAUBER, Rz. 131; MARCHAND, Droit de la consommation, S. 151 f., und MARCHAND, Art. 8, S. 331 (jeweils mit dem Hinweis, dass eine Anpassung oft besser sei als der Wegfall); MATT, S. 125; PROBST, AGB, N 507; RUSCH, Salvatorische Klauseln, Einleitung und Rz. 3, und RUSCH, Schadenabwältigungsklauseln, S. 443; SCHMID, Inhaltskontrolle, S. 16 («An die Stelle der nichtigen Klausel tritt grundsätzlich

also davon aus, dass gilt, was hier als erweiterte Unwirksamkeit bezeichnet wird. Ein Teil der Lehre ist zurückhaltender;²⁹⁹ ein Teil der Lehre ist anderer Ansicht.³⁰⁰

das dispositive Gesetzesrecht, was § 306 Abs.2 BGB für das deutsche Recht explizit anordnet»); SCHNYDER, S. 73; SCHWENZER, ORAT, N 32.45 und N 46.09; THOUVENIN, Art. 8 UWG N 107 und N 146 (mit zahlreichen Hinweisen); WIDMER, Rz. 325 f. (mit zahlreichen Hinweisen auf das deutsche Recht). So auch die bei AESCHIMANN, N 19, Zitierten.

299 HESS/RUCKSTUHL, S. 1210 f.: Lediglich «wenn davon ausgegangen werden muss, dass der AGB-Verwender bewusst mit dieser Rechtsfolge spekuliert, wenn es also nahe liegt, dass versucht werden soll, eine Schutznorm zu unterlaufen». Eine ähnliche Einschränkung stellt das Bundesgericht im Entscheid vom 18. Dezember 2008 im Verfahren 4A_404/2008, Erw. 5.6.3.2.1, auf: Wenn «in einer Weise erheblich von der gesetzlichen Ordnung abgewichen wird, dass die Vermutung nahe liegt, es werde damit gezielt der Schutzzweck derselben unterlaufen». Sie schränken die Bedeutung des Entscheids jedoch ein: «Der [zitierte] Entscheid stellte somit massgeblich auf eine Verletzung zwingenden Rechts ab, weshalb er jedenfalls im Rahmen der hier interessierenden Fragen rund um die Teilnichtigkeit von AGB nicht verallgemeinerungsfähig ist.» SCHOTT, S. 80, mit dem Hinweis, dass «[d]er Entscheid ... auch mit der Ungültigkeitsfolge von Art. 15 Abs. 4 des Bundesgesetzes über den Konsumkredit (KKG) begründet [wurde,] ... [d]iese Begründung ... jedoch bei Verträgen ausserhalb des Anwendungsbereichs des KKG nicht angebracht werden [kann]». WALKER, S. 167 f., für den Fall, dass «der Verwender bewusst mit dieser Rechtsfolge spekuliert hat».

300 BERGER, N 968 am Ende, gerade im Zusammenhang mit Art. 8 UWG: «Je nach den konkreten Verhältnissen des einzelnen Falles kann stattdessen auch eine geltungserhaltende Reduktion auf das lautere Mass sachgerecht sein (in Analogie zu OR 20/2).» KOLLER A., N 13.146 (Herv. wegg.): «Eine allgemeine Regel, wie sie von Schwenzler befürwortet wird [eine Nicht-Anpassung der widerrechtlichen Vertragsklausel an das zwingende Recht, also eine Ablehnung der geltungserhaltenden Reduktion], lässt sich ... dem schweizerischen Recht nicht entnehmen»; allerdings könne für den Fall, dass «eine AGB-Klausel gegen das zwingende Recht verstösst, Art. 8 UWG der modifizierten Teilnichtigkeit entgegenstehen.» Kritisch auch VISCHER, AGB-Kontrolle, S. 975: «Die Teilnichtigkeit kann wie üblich bei Art. 20 OR auch eine modifizierte Teilnichtigkeit, also eine Vertragsergänzung und damit Vertragsmodifizierung mittels Ersatz der nichtigen AGB-Bestimmung durch eine Ersatzbestimmung gemäss dem hypothetischen Parteiwillen, sein, auch eine mittels geltungserhaltender Reduktion einer AGB-Bestimmung. Es ist nicht ersichtlich, warum der Schutzzweck von Art. 8 UWG etwas Anderes gebieten soll ... Auch bei der Nichtigkeit aufgrund einer Verletzung von Art. 8 UWG geht es nicht um eine Nichtigkeit mit pönalem Charakter, sondern um eine Nichtigkeit, die sicherstellen soll, dass sich AGB innerhalb der durch die Rechtsordnung gesetzten Schranken bewegen. Im Regelfall wird bei einer Verletzung von Art. 8 UWG eine Teilnichtigkeit vorliegen, in dem Sinne, dass einzelne AGB-Bestimmungen nichtig sind. Diese nichtigen AGB-Bestimmungen werden im Regelfall durch die entsprechenden Bestimmungen des für den betreffenden Vertrag, sei es ein Nominat- oder Innominatvertrag, typischen Rechts, sei dieses zwingend oder dispositiv, ersetzt, weil diese im Regelfall den hypothetischen Parteiwillen reflektieren.». WEBER R., BeKomm, Art. 100 OR N 156 und Art. 101 OR N 173 (ohne besonderen Bezug zu AGB). Für das KG und Art. 20 OR vgl. JACOBS, S. 582, wonach «die Nichtigkeit [im Sinne von] Art. 20 OR weder eine Präventions- noch eine Ausgleichs- oder Gerechtigkeitsfunktion erfüllt».

Kapitel 2: Wortlaut, Systematik und Entstehungsgeschichte der gesetzlichen Rechtsfolgeordnung

§9 Rechtsfolgeordnung des UWG

I. Artikel 8 (und 2) UWG

180 Nach Artikel 8 UWG kann der unter Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen geschlossene Vertrag als unlauter und nach Artikel 2 UWG als widerrechtlich betrachtet werden,³⁰¹ oder es können die verwendeten (allgemeinen) Geschäftsbedingungen als unlauter und widerrechtlich betrachtet werden. Denkbar ist auch, (nur) die Tatsache als unlauter und widerrechtlich zu betrachten, dass die verwendeten (allgemeinen) Geschäftsbedingungen *in gewissem Umfang* missbräuchlich sind, weshalb sie insoweit unlauter und widerrechtlich sind. Nimmt man nun mit dem Bundesgericht an, dass die Rechtsordnung einen gegen sie verstossenden Vertrag nicht zulässt,³⁰² so könnte man daraus folgern, dass der geschlossene Vertrag auch nur insoweit unwirksam ist.

181 Aus dem Wortlaut der Artikel 8 und 2 UWG ergibt sich für die zu beantwortende Frage also nichts.

II. Artikel 9 f. UWG

182 Vorn wurde ausgeführt, Artikel 9 UWG sei nicht normativ zuständig, die Rechtsfolge der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen zu regeln.³⁰³ Dennoch soll im Folgenden geprüft werden, ob sich aus ihm etwas für den Umfang der Unwirksamkeit ergibt. Da dies zu verneinen ist, kann offenbleiben, ob die beiden Annahmen miteinander vereinbar sind – dass für die Frage nach Anfechtbarkeit oder Unwirksamkeit ex lege Artikel 9 UWG nicht normativ zuständig ist, für die Frage nach dem Umfang der Unwirksamkeit

301 Dazu vorn N 7 ff. und vorn N 15 ff. Vgl. auch BGE 80 II 327 Erw. 3. a S. 330, wonach «der Bezug von Überzinsen objektiv rechtswidrig [ist]»; das ergibt sich bei Art. 8 UWG aber schon aus Art. 2 UWG.

302 Vgl. BGE 84 II 107 Erw. 4 S. 112: «Im Falle von Art. 20 [OR] ist der Vertrag aus freiem Willen eingegangen, aber der Staat kann nicht zulassen, dass aus ihm Rechte geltend gemacht werden, da sein Inhalt unmöglich, widerrechtlich oder sittenwidrig ist.» Vgl. auch BYDLINSKI, System, S. 164, der ein «Prinzip der Erlaubtheit des Rechtsgeschäftes» annimmt, «wonach gesetz- und sittenwidrige Verträge bzw. Rechtsgeschäfte ungültig sind».

303 Vorn N 19 ff.

aber doch. Völlig ausgeschlossen scheint das allerdings nicht. Die Argumente, die zur Annahme führten, Artikel 9 UWG regle nicht die Frage nach Anfechtbarkeit oder Unwirksamkeit ex lege, müssen für die Frage nach dem Umfang der Unwirksamkeit nicht massgebend oder überwiegend sein. Die Annahme, Artikel 9 UWG könne nur entweder normativ zuständig sein oder nicht, dürfte vielmehr bei einer «begrifflichen» oder «konstruktiven» Betrachtung stehenbleiben, die allerdings durch teleologische Überlegungen verstärkt oder relativiert werden kann.³⁰⁴

1. Artikel 9 Absatz 1 UWG

Artikel 9 Absatz 1 litera b UWG ermöglicht den Antrag, «eine bestehende Verletzung zu beseitigen». Im Fall von Artikel 8 UWG kann die Verletzung (im Sinne von Artikel 9 UWG) darin gesehen werden, dass – nach dem Ausgeführten äusserlich (oder auch: vermeintlich) – ein Vertrag besteht, nach dem die Rechtsstellung des Konsumenten³⁰⁵ schlechter ist als die, die hätte vereinbart werden dürfen. Beseitigt wäre diese Verletzung (bereits) dadurch, dass zwischen den Parteien gilt, was sie zulässigerweise hätten vereinbaren dürfen. Das spricht eher dafür, dass die Unwirksamkeit nur dazu führt, dass zwischen den Parteien das gilt, was sie zulässigerweise hätten vereinbaren dürfen; also für die Geltung des Zulässigen.

2. Artikel 9 und 10 UWG

Die Frage, ob das Gesetz (einmal nach seinem Wortlaut) eine Antwort auf eine gestellte Frage gibt (und welche), hängt offensichtlich davon ab, welchen «Ausschnitt» des Gesetzes man daraufhin untersucht, ob er eine solche Antwort gibt. Das wiederum hängt (unter anderem) davon ab, was für eine Regel man sucht.

Gestellt ist die Frage nach dem Umfang der Unwirksamkeit eines unter Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen geschlossenen Vertrages. Man kann diese Frage als Frage nach der vertraglichen Rechtsfolge der Vereinbarung «unzulässiger Verträge» verstehen und eine Regel *darüber* suchen. Diese ist dann in den Gesetzesnormen zu suchen, die (möglicherweise)

304 Zur Bedeutung solcher Argumente hinten N 211.

305 Art. 8 UWG erfasst nur Verträge, die mit Konsumenten geschlossen wurden. Deshalb wird hier mit dem «Konsumenten» jeweils derjenige Vertragspartner bezeichnet, der die AGB nicht «verwendet», nicht formuliert hat. Es liegt jedoch nicht in der «Natur der Sache» der AGB-Kontrolle, dass diese nur Verträge mit Konsumenten erfasst (vgl. nur §§ 305 ff. BGB). In der Sache ist mit «Konsument» hier also jeweils der «AGB-Unterworfenen» gemeint. Zur Frage, ob die Gegenpartei des «Konsumenten» (also des «AGB-Unterworfenen») ebenfalls ein Konsument sein kann, HEISS, Art. 8 UWG N 145 ff.

darauf eine Antwort geben. Das sind die Artikel 2, 8 und 9 (insbesondere Absatz 1) UWG und die Artikel 19 und 20 OR. Die Artikel 2, 8 und 9 UWG geben wie ausgeführt keine Antwort; dasselbe wird sich für die Artikel 19 und 20 OR ergeben.³⁰⁶

186 Man kann die Frage nach der vertraglichen Rechtsfolge der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen – und insbesondere nach deren Umfang – aber auch betrachten als Frage nach der Durchsetzung von Artikel 8 UWG und des UWG im Ganzen³⁰⁷ und nach den dazu vorgesehenen Mitteln und eine Regel *darüber* suchen. Diese ist dann in den Gesetzesnormen zu suchen, die (möglicherweise) *darauf* eine Antwort geben. Das sind vor allem die Artikel 9 UWG im Ganzen und Artikel 10 UWG.

187 Artikel 9 Absatz 1 UWG sieht Unterlassungs-, Beseitigungs- und Feststellungsansprüche vor.³⁰⁸ Artikel 9 Absatz 2 UWG sieht die Mitteilung oder Veröffentlichung einer Berichtigung oder des Urteils vor, die ebenfalls der Beseitigung dienen.³⁰⁹ Artikel 9 Absatz 3 UWG verweist (für kompensatorische Ansprüche) auf die Bestimmungen des OR über Schadenersatz und Genugtuung und die Geschäftsführung ohne Auftrag, wobei daneben auch bereicherungsrechtliche Ansprüche entstehen können.³¹⁰ Artikel 10 Absatz 2 UWG räumt weiter Berufs- und Wirtschaftsverbänden³¹¹ und Konsumentenschutzorganisationen³¹² eine «Klageberechtigung» ein, Absatz 3 dem Bund.

188 Aus dem Wortlaut dieser Normen ergibt sich keine Antwort auf die gestellte Frage. Die Bestimmungen der Artikel 9 und 10 UWG dienen aber alle der Rechtsdurchsetzung.³¹³ Aus systematischer Sicht liegt deshalb die Annahme nahe, dass das UWG eine vollständige und damit abschliessende Ordnung

306 Dazu hinten N 193 ff. Man könnte also bereits hier zum Schluss kommen, dass «dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden [kann]» (Art. 1 Abs. 2 ZGB). Art. 1 Abs. 1 ZGB fordert allerdings davor nicht nur die Betrachtung des Wortlauts des Gesetzes, sondern auch dessen Auslegung (zum Verhältnis dieser beiden vgl. HONSELL, BaKomm, Art. 1 ZGB N 1). Es kann also allein aufgrund des Wortlauts des Gesetzes nicht festgestellt werden, dass diesem «keine Vorschrift entnommen werden» könne. (Kritisch zur Notwendigkeit und Berechtigung einer solchen Feststellung allerdings VOGT, Handelsregister, § 1 N 347 ff.)

307 Die herrschende Lehre begründet denn die Erweiterung der Unwirksamkeit mit der Durchsetzung von Art. 8 UWG und seinem Präventionszweck; dazu hinten N 398 ff.

308 DOMEJ, Art. 9 UWG N 10 ff., N 19 ff. und N 22 ff.

309 DOMEJ, Art. 9 UWG N 29.

310 DOMEJ, Art. 9 UWG N 40.

311 «Berufs- und Wirtschaftsverbände, die nach den Statuten zur Wahrung der wirtschaftlichen Interessen ihrer Mitglieder befugt sind» (Art. 10 Abs. 2 lit. a UWG).

312 «Organisationen von gesamtschweizerischer oder regionaler Bedeutung, die sich statutengemäss dem Konsumentenschutz widmen» (Art. 10 Abs. 2 lit. b UWG).

313 DOMEJ, Vor Art. 9–13a UWG N 1, N 3 ff.

über die Mittel, die zu seiner Durchsetzung dienen sollen, enthält,³¹⁴ dass also eine Antwort auf die gestellte Frage im UWG zu suchen ist. Dann bliebe es – jedenfalls für die grammatikalische und systematische Auslegung – beim dargelegten Ergebnis: Artikel 9 UWG spricht zwar nur schwach, aber doch eher für eine Geltung des Zulässigen.

3. Entstehungsgeschichte

In der Botschaft UWG 2009 führte der Bundesrat aus: «Ob einzelne AGB-Klauseln auf das zulässige Mass zu reduzieren sind, ist in der Praxis und Lehre umstritten. Das Bundesgericht hat kürzlich eine geltungserhaltende Reduktion einer AGB-Klausel unter Berufung auf den Schutzzweck der verletzten Gesetzesnorm abgelehnt. Es befand daher, dass die betreffende AGB-Klausel gänzlich und ungeteilt nichtig sei.»³¹⁵ Der Bundesrat führte nicht aus, ob er die vom Bundesgericht vorgenommene Ablehnung der geltungserhaltenden Reduktion – und damit die Erweiterung der Unwirksamkeit – befürworte oder ob er annahm, dass diese dem (damals geltenden oder dem von ihm vorgeschlagenen) Gesetz entspricht. Immerhin kritisierte er diesen Entscheid auch nicht. Aus den parlamentarischen Beratungen ergibt sich einmal die eine, einmal die andere Position.³¹⁶

Das Bundesgericht fordert dafür, dass die Materialien berücksichtigt werden können, dass diese Niederschlag im Gesetz gefunden haben.³¹⁷ Das ist hier nicht der Fall; das Gesetz enthält über die Rechtsfolge der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen – namentlich den Umfang der Unwirksamkeit – wie ausgeführt keine Anordnung.³¹⁸ Die parlamentarischen Ausführungen betrafen auch nicht eine bestimmte Formulierung des Gesetzes (sodass sich ein «Niederschlag» aus Erlass oder Ablehnung dieser Formulierung ergeben würde).

Aus der historischen Auslegung des UWG ergibt sich damit keine Antwort auf die gestellte Frage.

314 Dazu aus teleologischer Sicht hinten N 410 ff.

315 BOTSCHAFT UWG 2009, S. 6180, mit Verweis auf den Entscheid des Bundesgerichts vom 18. Dezember 2008 im Verfahren 4A_404/2008.

316 Vgl. SCHMID, Inhaltskontrolle, S. 5: «[N]amentlich erweisen sich die Protokolle der Beratungen in den eidgenössischen Räten als wenig aussagekräftig.»

317 BGE 139 III 368 Erw. 3.2 S. 373; BGE 116 II 525 Erw. 2.b S. 527. Vgl. auch vorn N 146 ff.

318 Diese Feststellung betrifft einmal den Wortlaut des Gesetzes. Nur der kann mit dem «Niederschlag» gemeint sein. Welche Antwort sich aus dem Gesetz, nachdem es vollständig ausgelegt wurde, ergibt, muss sich erst noch zeigen. Dass sich aus dem Gesetz die Antwort ergibt, die den Materialien (oder der einen oder anderen Stellungnahme in ihnen) entspricht (diese also «im Gesetz» Niederschlag gefunden haben), kann aber nicht wiederum darüber entscheiden, ob diese für die – nun ja bereits vorgenommene – Auslegung relevant sind.

III. Ergebnis

- 192 Wortlaut und Entstehungsgeschichte der Artikel 8 ff. UWG geben kaum eine Antwort auf die Frage nach dem Umfang der Unwirksamkeit von Verträgen, die unter Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen geschlossen wurden; wenn überhaupt sprechen sie aber eher für die Geltung des Zulässigen.

§ 10 Rechtsfolgeordnung der Artikel 19 f. OR

I. Zum Aufbau

- 193 Die Artikel 19 und 20 OR regeln die Vertragsfreiheit, ihre Schranken und die Rechtsfolgen der Verletzung dieser Schranken.³¹⁹ Da Artikel 8 UWG eine Schranke der Vertragsfreiheit aufstellt, ist zu untersuchen, ob diese Normen eine Antwort geben auf die Frage nach dem Umfang der Unwirksamkeit eines Vertrages, der unter Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen geschlossen wurde. Es wird sich zeigen, dass sich weder aus Artikel 19 Absatz 1 oder 2 noch aus Artikel 20 Absatz 1 OR eine klare Antwort ergibt, dass diese aber eher für die Annahme der Geltung des Zulässigen sprechen. Diese Annahme wird sich durch die weiteren Rechtsfindungselemente verstärken. Deshalb kann offenbleiben, ob die Artikel 19 und 20 Absatz 1 OR für die Beantwortung der gestellten Frage normativ zuständig sind; denn das, was sich aus ihnen ergeben wird, ergibt sich auch sonst. Immerhin könnte Artikel 20 Absatz 2 OR eine erweiterte Unwirksamkeit fordern und könnte dieser den Ganzwegfall des Vertrages begründen. Deshalb ist am Ende die Frage nach der normativen Zuständigkeit von Artikel 20 OR (und damit von dessen Absatz 2) zu untersuchen.³²⁰

II. Rechtsfolge nach Artikel 19 Absatz 1 OR

- 194 «Der Inhalt des Vertrages kann innerhalb der Schranken des Gesetzes beliebig festgestellt werden.»³²¹ *Ausserhalb* der «Schranken des Gesetzes» kann der Inhalt des Vertrages also *nicht* festgestellt werden. Das kann verstanden

319 Art. 19 Abs. 1 OR «proklamiert das Prinzip der Inhaltsfreiheit (Gestaltungsfreiheit), des praktisch wichtigsten Aspektes der Vertragsfreiheit» (KRAMER, BeKomm, Art. 19/20 OR N 2); zum Verhältnis der Art. 19 Abs. 2 und 20 Abs. 1 OR KRAMER, BeKomm, Art. 19/20 OR N 4, und hinten N 263 ff..

320 Zum Ganzen hinten N 206 ff. und hinten N 263 ff.

321 Art. 19 Abs. 1 OR.

werden als die (rechtliche)³²² Unmöglichkeit, (durch das Erfüllen des in Artikel 1 Absatz 1 OR vorgesehenen Tatbestands) einen Vertrag abzuschliessen.³²³ Aufgrund von Artikel 19 Absatz 1 OR wäre es also nicht möglich, (durch das Erfüllen des Tatbestands von Artikel 1 Absatz 1 OR oder sonst) ausserhalb der «Schranken des Gesetzes» eine Rechtslage zu begründen.

Während Artikel 1 Absatz 1 OR an den Tatbestand der übereinstimmenden gegenseitigen Willensäusserung die Rechtsfolge eines Vertrages knüpft, sieht Artikel 19 Absatz 1 OR für bestimmte Fälle vor, dass diese Rechtsfolge nicht herbeigeführt werden kann. Man kann Artikel 19 Absatz 1 OR also als Ausnahmebestimmung zu Artikel 1 Absatz 1 OR verstehen.³²⁴ Geht man davon aus, dass Ausnahmen eng auszulegen sind, müsste man daraus eher die Geltung des Zulässigen schliessen: Soweit die Ausnahme des Artikels 19 Absatz 1 OR vorliegt, bewirkt das Erfüllen des Tatbestands des Artikels 1 Absatz 1 OR nicht wie von ihm vorgesehen die Rechtsfolge eines Vertrages; andernfalls gilt, was Artikel 1 Absatz 1 OR anordnet.³²⁵

Der Begriff «soweit» erscheint in Artikel 19 Absatz 1 OR aber nicht. Und die Regel, wonach Ausnahmen eng auszulegen sind, besteht nicht.³²⁶ Ob Artikel 19 Absatz 1 OR in dem Sinne eng auszulegen ist, dass der (unter Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen) geschlossene Vertrag *soweit* gilt,

322 Da das Abschliessen eines Vertrages – verstanden als die Erzeugung von Rechtsfolgen, also das Schaffen einer Rechtslage zwischen den Parteien – (zwar auf Tatsachen basiert, aber) ein rechtlicher Vorgang ist, kann auch die Unmöglichkeit dieses Vorgangs allein eine rechtliche sein. Es geht nicht um die (tatsächliche) Unmöglichkeit, «übereinstimmende gegenseitige Willensäusserungen» (Art. 1 Abs. 1 OR) abzugeben, oder um die (tatsächliche) Unmöglichkeit, das (in Art. 8 UWG verletzender Weise) Vereinbarte (also die «vertraglichen Rechte und vertraglichen Pflichten») zu erfüllen.

323 Vgl. dazu BGE 60 II 313 Erw. 2 S. 315 f.: Der Ausdruck «Nichtkönnen» «[schliesst] die Möglichkeit aus..., die gewollte rechtliche Wirkung hervorzubringen». Vgl. auch Erw. 2 S. 314 f. zu anderen möglichen Formulierungen und deren Folgen. Vgl. auch TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO, § 11 N 7, zu Art. 27 ZGB: «Darauf [die eigene Persönlichkeit (rechtlich) zu vernichten oder deren wesentliche Elemente aufzugeben] abzielende Handlungen vermögen ... nicht die beabsichtigten Rechtswirkungen herbeizuführen.»

324 Vgl. zum «rechtstechnischen» (S. 320) Verständnis der Vertragsentstehung OFTINGER, S. 321: «Der Wille erzielt also nicht von sich aus die Rechtsfolge, sondern nur, weil er zusammen mit andern juristischen Tatsachen als Tatbestandsteil im Hinblick auf die Rechtsfolge berücksichtigt wird. Die als Beispiel erwähnte Leistungspflicht besteht folglich nur deshalb, weil das Gesetz es zulässt, dass sich die Parteien zu eben diesem Zweck binden.»

325 Vgl. PETITPIERRE, Rz. 9 (S. 76 f.): «Le jeu des principes en cause est le suivant: le droit objectif consacre la liberté contractuelle avec des restrictions. En cas de doute, les restrictions doivent céder le pas à la liberté.» Man kann dies auch aus einer «Freiheitsvermutung» oder einem «allgemeinen negativen Satz» ableiten, vgl. hinten N 414.

326 Vgl. nur FORSTMOSER/VOGT, § 19 N 144, mit Verweis auf BGE 137 V 167 Erw. 3.4 S. 171, BGE 116 II 428 Erw. 1.b S. 431, BGE 60 II 205 Erw. 1 S. 209.

als er nicht Artikel 8 UWG verletzt, ist damit nicht beantwortet. Der Wortlaut des Artikels 19 Absatz 1 OR spricht zwar eher dafür; doch kann man Artikel 19 Absatz 1 OR auch eher als «Programmnorm» verstehen, aus der nicht unmittelbar Rechtsfolgen abgeleitet werden können.³²⁷

III. Rechtsfolge nach Artikel 19 Absatz 2 OR

197 «Von den gesetzlichen Vorschriften abweichende Vereinbarungen sind nur zulässig, wo das Gesetz nicht eine unabänderliche Vorschrift aufstellt oder die Abweichung nicht einen Verstoss gegen die öffentliche Ordnung, gegen die guten Sitten oder gegen das Recht der Persönlichkeit in sich schliesst.» Eine von den gesetzlichen Vorschriften abweichende Vereinbarung ist, wo das Gesetz eine unabänderliche Vorschrift aufstellt oder³²⁸ die Abweichung einen Verstoss gegen die öffentliche Ordnung, die guten Sitten oder das Recht der Persönlichkeit in sich schliesst, also *nicht zulässig*.

198 Die herrschende Lehre und das Bundesgericht gehen davon aus, dass sich aus Artikel 19 Absatz 2 OR nicht selbständig eine Rechtsfolge ergibt, sondern

327 Vgl. HUGUENIN/MEISE, Art. 19/20 OR N 1: «Der wichtigste Aspekt der Vertragsfreiheit ist die in Art. 19 Abs. 1 niedergelegte Inhaltsfreiheit. Die Art. 19 Abs. 2 und Art. 20 Abs. 1 enthalten eine Serie von Schranken, welche die Freiheit begrenzen, einen Vertrag beliebigen Inhalts einzugehen.» KRAMER, BeKomm, Art. 19-20 OR N 7: «Art. 19 I regelt nur einen, allerdings den praktisch wichtigsten Aspekt der Vertragsfreiheit, die Inhaltsfreiheit. Da man darin pars pro toto ein Bekenntnis zum Prinzip der Vertragsfreiheit überhaupt sehen kann ...» Vgl. auch KUT, Handkommentar OR, Art. 19-20 OR N 4, N 6.

328 *Nicht zulässig* ist die Vereinbarung, wenn das eine (eine unabänderliche Vorschrift) oder das andere (ein Verstoss gegen die öffentliche Ordnung etc.) vorliegt. *Zulässig* ist die Vereinbarung, wo das eine *und* das andere *nicht* vorliegt. So ist der Gesetzestext zu lesen (und nicht so [wie er formuliert ist], dass für die Zulässigkeit der Vereinbarung genügt, dass entweder das eine oder das andere nicht vorliegt, sie also schon dann zulässig ist, wenn entweder keine unabänderliche Vorschrift vorliegt oder kein Verstoss gegen die öffentliche Ordnung etc.). Der Ursprung dieser Wortwahl dürfte sein, dass der heutige Art. 19 Abs. 2 OR im ENTWURF OR 1905 (damals Art. 1035) lautete (Herv. hinz.): «Das Gesetz ist *nur* da als unabänderliche Vorschrift anzunehmen, wo es diese Geltung selbst beansprucht oder wo eine Abweichung vom Gesetz gegen die öffentliche Ordnung, gegen die guten Sitten oder gegen den der Persönlichkeit gewährten Schutz (28) verstossen würde»; und im ENTWURF OR 1909 (Art. 1035) lautete (Herv. hinz.): «Das Gesetz gilt in allen Fällen als unabänderliche Vorschrift, wo es diese Geltung selbst beansprucht, oder wo eine Abweichung gegen die öffentliche Ordnung, gegen die guten Sitten oder gegen das Recht der Persönlichkeit (27) verstossen würde»; dass schliesslich der nun geltende Art. 19 Abs. 2 OR erlassen wurde (vgl. Bundesblatt 1911 II, S. 355 ff., S. 360), dürfte auf Änderungen in der Redaktionskommission zurückzuführen sein, da aus den parlamentarischen Beratungen sich keine Hinweise auf diese Änderung ergeben; aus dem BERICHT REDAKTIONSKOMMISSION OR ergibt sich allerdings ebenfalls nicht, dass die Redaktionskommission diese Änderung vornahm und weshalb; aufgrund der Kürze dieses Berichts ist aber nicht anzunehmen, dass darin alle Änderungen erwähnt sind. Vgl. zur Entstehungsgeschichte von Art. 19 Abs. 2 OR auch hinten N 275 ff.

dass auch die Verletzung einer der Schranken des Artikels 19 Absatz 2 OR die von Artikel 20 Absatz 1 OR vorgesehene Nichtigkeit zur Folge hat.³²⁹

Für die Frage nach dem Umfang der Unwirksamkeit eines Vertrages, der unter Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen geschlossen wurde, ergibt sich aus Artikel 19 Absatz 2 OR nicht mehr als aus dessen Absatz 1: Die Annahme, dass die Ausnahme zu Artikel 1 Absatz 1 OR nur gilt, soweit ihr Tatbestand erfüllt ist, liegt nahe, ist aber nicht zwingend.³³⁰

IV. Rechtsfolge nach Artikel 20 Absatz 1 OR

1. Wortlaut

«Ein Vertrag, der einen unmöglichen oder widerrechtlichen Inhalt hat oder gegen die guten Sitten verstösst, ist nichtig.»³³¹

Aus dem Begriff «nichtig» ergibt sich keine Antwort auf die Frage nach dem Umfang der Unwirksamkeit.³³² Aus dem Wortlaut des Artikels 20 Absatz 1

329 Vgl. nur HUGUENIN/MEISE, Art. 19/20 OR N 1: «Verstösst ein Vertrag gegen eine dieser Inhaltsschranken, so ist zu entscheiden, ob der mangelhafte Vertrag nach Art. 20 ganz oder teilweise ungültig sein soll.» Anders ABEKG, S. 198 (mit zahlreichen Hinweisen in Fn. 893): «Die Unwirksamkeit dieser [Parteiabrede, die einer zwingenden Inhaltsnorm entgegensteht,] folgt ... bereits aus Art. 19 Abs. 2 OR. Sie noch zusätzlich aus Art. 20 Abs. 1 OR für nichtig zu erklären, ist überflüssig.» Dagegen aber wiederum HÜRLIMANN, N 129, wonach «der Ersatz der getroffenen Abmachung durch die zwingende Regel geradezu die Ungültigkeit der Abmachung voraus[setzt]». Wie ABEKG GIGER, Rechtsfolgen, S. 81 f. Vgl. dazu auch hinten N 263 ff.

330 Soweit man allerdings annimmt, dass aufgrund der «Wirkungsweise» zwingenden Rechts – es tritt an die Stelle des unzulässigerweise Vereinbarten – (dazu soeben Fn. 329, hinten Fn. 337, hinten N 259 und hinten N 271) solche Verträge gar nicht nichtig seien, wäre Konsequenz die Geltung des Zulässigen (eben des zwingenden Rechts).

331 Art. 20 Abs. 1 OR.

332 Vgl. BECKER, Art. 20 OR N 8: «Da ein in der Wissenschaft allgemein anerkannter Begriff der Nichtigkeit, von dem anzunehmen wäre, dass er auch dem Sprachgebrauch des OR und des ZGB zugrunde liege, nicht existiert ...»; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 681, nach denen «[d]er Begriff dieser Nichtigkeit ... weder in Art. 20 noch sonst wo gesetzlich definiert [wird]»; GIGER, Konsumkredit, Teil II N 636 (Herv. wegg.): «Nichtigkeit» als normativer Begriff lässt sich angesichts seiner inhaltlichen, materiellen und funktionalen Variabilität nicht abschliessend definieren»; HUGUENIN/MEISE, Art. 19/20 OR N 52 Abs. 1: «Der Gesetzgeber unterliess es auch festzulegen, was unter Nichtigkeit [im Sinne von] Art. 20 zu verstehen sei.» Ohne Antwort (aus dem Begriff) auch HERZOG, Art. 20 OR N 10; KRAMER, BeKomm, Art. 19–20 OR N 308: «Der klassische, im OR freilich nirgendwo präzise fixierte, sondern stillschweigend vorausgesetzte Inhalt des Begriffs Nichtigkeit»; KRAMER, Methodenlehre, S. 169 f.: «Im allgemeinen Vertragsrecht muss auch die axiomatische Berufung auf einen tradierten (in Wirklichkeit gesetzlich keineswegs exakt determinierten) Nichtigkeitsbegriff als tendenziell begriffsjuristisch bezeichnet werden.» Zum deutschen Recht vgl. nur CAHN, S. 9, mit dem Hinweis, «dass der Begriff der Nichtigkeit offenbar nicht so eindeutig ist, wie es zunächst den Anschein haben mag». «Nichtig» bedeutet (in der «Rechtssprache») «ungültig» (DUDEN, «nichtig» [S. 1265]). Vgl. auch METZGER, Stichwort «Nichtigkeit» (S. 402),

OR lässt sich also kaum ableiten, was Umfang der Unwirksamkeit eines nichtigen Vertrages ist.

2. Bundesgerichtliche Rechtsprechung

- 202 Das Bundesgericht geht davon aus, dass Artikel 20 Absatz 1 OR die Geltung des Zulässigen vorsieht. Dies entspreche den Interessen der Parteien: «Ist mit der Vorinstanz die Unsittlichkeit der Zinsabrede zu bejahen, so fragt es sich, ob der ganze Darlehensvertrag, nur die Zinsabrede oder letztere bloss teilweise als nichtig zu erklären sei ... Den Interessen der Parteien wird genügend Rechnung getragen, wenn im Sinne von Art. 20 Abs. 2 OR Teilnichtigkeit der Zinsabrede eintritt und im übrigen der Vertrag bestehen bleibt. Indem die Vorinstanz den zulässigen Höchstzinssatz auf 18% festlegte, bewegte sie sich im Rahmen pflichtgemässen Ermessens.»³³³
- 203 Das entspreche auch der öffentlichen Ordnung, die die unzulässige Vereinbarung verletzte: «Der öffentlichen Ordnung ist restlos genügt, wenn der Vertrag soweit gegen sie verstossend vernichtet wird.»³³⁴ Das Bundesgericht nahm aber auch an, dass es gerade auf das von der verletzten Norm verfolgte Interesse ankommt; auch dabei nahm es im Grundsatz die Geltung des Zulässigen an: «Das öffentliche Interesse, das dabei in Frage steht, verlangt aber nicht, dass der Vertrag auch insoweit nichtig sei, als seine Erfüllung möglich ist und dem Rechte sowie den guten Sitten nicht widerspricht.»³³⁵ Ob das

erster Satz: Nichtigkeit ist die «Rechtsfolge der gänzlichen Unbeachtlichkeit». Vgl. zur Bedeutung eines solchen Begriffs aber SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Allgemeine Einleitung, N 44: Es «wäre ... verfehlt, auf die Formulierung des Textes allzu viel Gewicht zu legen». Ähnlich BUCHER, Hundert Jahre OR, S. 362 f., mit dem Hinweis auf den «heute noch allzusehr vorherrschende[n] Gesetzespositivismus, hier verstanden als kritikloses Hinnehmen der vorgefundenen und in traditionellem Verständnis gedeuteten Gesetzeslage». Das müsste dann wohl auch für einen Begriff «Nichtigkeit» gelten. (Unabhängig von dieser Kritik geht es in dieser Arbeit aber jedenfalls zunächst darum, herauszufinden, was die «vorgefundene» Gesetzeslage zur gestellten Frage für eine Antwort gibt.)

333 BGE 93 II 189 Erw. b S. 192.

334 BGE 80 II 327 Erw. 4.b S. 335.

335 BGE 84 II 107 Erw. 4 S. 112 f. Vgl. auch BGE 139 III 60 Erw. 5.1 S. 62 (für unzulässige Vereinbarungen in Gesamtarbeitsverträgen): «En tant qu'ils [Abreden in Gesamtarbeitsverträgen] dérogent à des clauses impératives, les accords entre employeurs et travailleurs liés par la CCT [convention collective de travail = Gesamtarbeitsvertrag] sont nuls et remplacés par ces clauses» (ebenso Erw. 5.4 S. 66). Im Übrigen fällt der unzulässige Arbeitsvertrag nicht rückwirkend dahin, Art. 320 Abs. 2 OR und dazu BGE 132 III 242. Vgl. auch BGE 123 III 292 Erw. 2.e.aa S. 298 f: «Leitgedanke ist dabei allemal, dass, wo blosses Übermass als unzulässig erscheint, die rechtliche Missachtung sich auf das Übermass beschränkt, mithin die Rechtsfolge der Unwirksamkeit, beruhe sie auf Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit, in solchen Fällen nicht zwingend qualitativ, sondern vorerst quantitativ zu beachten und zu beheben ist (...). ... Richtigbesehen ist der

öffentliche Interesse, das bei Art. 8 UWG «in Frage steht», etwas anderes verlangt, bleibt zu prüfen.³³⁶

3. Lehre

Auch die herrschende Lehre geht davon aus, dass die Rechtsfolge der Verletzung der Schranken der Vertragsfreiheit grundsätzlich Geltung des Zulässigen ist.³³⁷

gegen eine Gesetzesbestimmung verstossende Vertrag nur dann – und eben auch nur insoweit – nichtig, als diese Folge sich aus Sinn und Zweck der verletzten Norm ergibt.» Ob der «Schutzzweck von Art. 21 OR» eine Herabsetzung auf das «marktübliche Durchschnittsentgelt» fordert, liess das Bundesgericht (aus prozessualen Gründen) offen (Erw. 8 S. 305). Die Frage nach einer erweiterten Unwirksamkeit offengelassen auch in BGE 143 III 600 Erw. 2.8.2 S. 615. In einem neueren Entscheid vom 28. April 2014 im Verfahren 4A_69/2014, Erw. 6.3.3, hat das Bundesgericht die Geltung eines zulässigen Zinses von 18% angenommen. Vgl. auch DEDUAL, S. 104 ff., mit weiteren Hinweisen auf die Rechtsprechung; vgl. auch HUGUENIN, Nichtigkeit, passim. Vgl. allerdings den bereits erwähnten Entscheid des Bundesgerichts vom 18. Dezember 2008 im Verfahren 4A_404/2008.

336 Für das Pachtrecht – ebenfalls ein Bereich, in dem Normen zum Schutz der «schwächeren» (und vom Gesetzgeber jedenfalls als schutzwürdig[er] erachteten) Partei bestehen – nahm das Bundesgericht aber ebenfalls die Geltung des Zulässigen an: «[L]e fermage [Pachtzins] excessif doit être ramené au niveau légal» (BGE 93 II 97 E. 2.a am Ende S. 107). Zum Pachtrecht und seiner Bedeutung im Rahmen analoger Rechtsfindung hinten N 684 ff.

337 BECKER, Art. 20 OR N 15: «Es gilt die Regel, dass ein Mangel, der nur einzelne Teile des Vertrages betrifft, nur diese Teile nichtig macht. Diese Regel ist ein Ausfluss des Prinzips, dass das Recht Verträge aufrechtzuerhalten sucht, soweit es mit seinen öffentlichen Zwecken überhaupt vereinbar ist.» Vgl. BUCHER, OR AT, S. 245, allerdings auch S. 244, insbesondere Fn. 28, wonach es auf die verletzte Norm ankommt. BURRI, Rz. 251. GAUCH, Teilnichtigkeit, S. 98 (Herv. wegg.): «Eine Vertragsklausel weicht ab von einer «unabänderlichen Vorschrift» (Art. 19 Abs. 2 OR) des Privatrechts; sie verstösst somit gegen zwingendes Privatrecht, ist deshalb widerrechtlich und nichtig (Art. 20 OR). Trifft dies zu, so wird die nichtige Klausel durch die zwingende Gesetzesregel ersetzt.» GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 706. GIGER, Rechtsfolgen, S. 128: «Unabhängig von der individuellen Parteiabrede gilt der Vertragsinhalt so, wie ihn der Gesetzgeber zwingend normiert.» Allerdings S. 129: «Haftungsbeschränkungsklauseln, die sich auf rechtswidrige Absicht oder grobe Fahrlässigkeit beziehen, sind nach Art. 100 Abs. 1 OR ungültig; es gilt die gesetzliche Haftungsordnung.» Danach gilt also nicht das Zulässige, sondern das vom dispositiven Recht Vorgesehene (also das Angemessene). HUGUENIN, OR, N 434: «Die Teilnichtigkeitsregel konkretisiert den Grundsatz, dass die Nichtigkeitsfolgen nur so weit reichen sollen, als es der Schutzzweck der verletzten Norm verlangt.» MÜLLER, Art. 18 OR N 450: Zwingendes Recht ergänzt den Vertrag. PETITPIERRE, Rz. 8.b (S. 76), Rz. 9 (S. 76 f.) und Rz. 13 (S. 78), mit Hinweis auf die Vertragsfreiheit. Regelmässig wird darauf hingewiesen, dass die Frage nach dem Umfang der Unwirksamkeit aufgrund der verletzten Norm zu beantworten ist. (So auch BGE 134 III 438 Erw. 2.3 S. 443: «[N]ach dem allgemeinen Grundsatz der geltungserhaltenden Reduktion soll die Nichtigkeit nur so weit reichen, als es der Schutzzweck der verletzten Norm verlangt.») Was sich diesbezüglich aus Art. 8 UWG ergibt, bleibt zu prüfen.

4. Ergebnis

- 205 Artikel 20 Absatz 1 OR wird weitgehend so verstanden, dass Rechtsfolge seiner Verletzung – oder der Verletzung der von ihm verwiesenen Normen und Regeln – die Geltung des Zulässigen ist. Es wird dabei der Zweck der verletzten Norm vorbehalten. Was sich diesbezüglich aus Artikel 8 UWG ergibt, bleibt zu prüfen.³³⁸

V. Rechtsfolge nach Artikel 20 Absatz 2 OR

1. Ausgangslage

- 206 «Betrifft ... der Mangel nur einzelne Teile des Vertrages, so sind nur diese nichtig, sobald nicht anzunehmen ist, dass er ohne den nichtigen Teil überhaupt nicht geschlossen worden wäre.»³³⁹
- 207 «Die Teilnichtigkeit nach Art. 20 Abs. 2 [OR] zeichnet sich dadurch aus, dass nur (aber immerhin) die vom Mangel betroffenen Teile des Vertrags nichtig sind. Bei diesen «Teilen», von denen Art. 20 Abs. 2 [OR] spricht, handelt es sich um Abreden (in der französischen Fassung «clauses», in der italienischen «parti»), die Bestandteile des abgeschlossenen Vertrags bilden. ... Eine noch weitere Aufteilung des Vertrags durch Zerlegung der einzelnen Abrede in verschiedene Teile ist ... abzulehnen.»³⁴⁰ «Eine «Vertragsteilung» in dem Sinne, dass die übermässige Abrede sich in einen nichtigen und einen gültigen Teil aufspalten liesse, ist abzulehnen.»³⁴¹ «Es gibt keine Teilnichtigkeit in dem Sinne, dass eine übermässige Abrede bis zum erlaubten Mass wirksam, im übrigen aber nichtig wäre. Eine solche Teilung der einzelnen Vertragsabrede ist in Art. 20 Abs. 2 [OR] nicht vorgesehen. Vielmehr besteht der Teil eines Vertrages, auf den sich die Nichtigkeit nach Art. 20 Abs. 2 [OR] beschränken kann, in einer ganzen Abrede.»³⁴²

338 Dazu hinten N 398 ff.

339 Art. 20 Abs. 2 OR.

340 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 691 f.; immerhin ist entgegen dem Begriff «Teile» (Plural) auch möglich, dass nur eine einzelne Abrede mangelhaft ist (und nicht notwendigerweise mehrere), N 691, mit Verweis auf BGE 96 II 101; am Ende spricht Art. 20 Abs. 2 OR denn auch selber vom «nichtigen Teil» (Singular).

341 HÜRLIMANN, N 262.

342 HÜRLIMANN, N 271; vgl. auch N 162, N 189. Dagegen ABEGG, S. 208, mit dem Einwand, «dass einzelne Vertragsklauseln logisch immer in Unterklauseln geteilt werden können», weshalb es «[gilt], die Teilbarkeit einer Vertragsklausel mit Blick auf die anwendbare zwingende Norm zu beantworten». Man kann sich allerdings fragen, ob man beispielsweise eine Vereinbarung über eine Kündigungsfrist von zwölf Monaten zwanglos in einzelne «Unterklauseln» über eine Kündigungsfrist von drei Monaten

Es ist also denkbar, dass Artikel 20 Absatz 2 OR einer «Geltung des Zulässigen» entgegensteht, wo das Zulässige durch eine einzige Klausel überschritten wird, die aber einen zulässigen «Kern» enthält. Wird ein Zins vereinbart, der aufgrund seiner Höhe unzulässig ist, fällt die Vereinbarung über den Zins vollständig weg, womit überhaupt kein Zins vereinbart ist. (Dann kann mangels Vereinbarung überhaupt kein Zins geschuldet sein, oder man nimmt an, dass wegen dieses Wegfalls eine Lücke im Vertrag besteht, die zu füllen ist.)³⁴³

2. Wortlaut des Gesetzes

Artikel 20 Absatz 2 OR verwendet den Begriff «Teile». Es stellt sich die Frage, ob damit eine «Mindestmenge» an «Unwirksamem» gefordert ist. «Teil» bedeutet «etw[as], das mit anderem zusammen ein Ganzes bildet»,³⁴⁴ aber auch «[einzelnes kleines] Stück, das zwar auch zu einem Ganzen gehört, dem aber eine gewisse Selbstständigkeit zukommt».³⁴⁵ Letzteres spricht eher gegen die Annahme, dass zum Beispiel bei der Vereinbarung eines Zinses von 18% die Vereinbarung eines Zinses von 10% ein Teil ist und die Vereinbarung der weiteren 8% ein anderer Teil.³⁴⁶

Der Wortlaut von Artikel 20 Absatz 2 OR verlangt also eher, dass bei Vereinbarungen, die aufgrund ihres Masses unzulässig sind, nicht das Zulässige

(die man im konkreten Fall als zulässig betrachtet mag) und von neun Monaten (die dann «zu viel» wäre) aufteilen kann. Das wäre jedenfalls nicht weniger «konstruktiv» als die Gegenposition, nach der Verträge aus einzelnen (nicht weiter aufteilbaren) «Teilen» bestehen.

343 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 706; HÜRLIMANN, N 263; vgl. auch GAUCH, Teilnichtigkeit, für die Möglichkeit einer «modifizierten Teilnichtigkeit». Kritisch aber PETITPIERRE, Rz. 13 (S. 78) (Herv. i. O.), jedenfalls für die Annahme, zur Lückenfüllung sei auf den hypothetischen Parteiwillen abzustellen: «Cette clause de substitution aura le contenu conforme au droit ou aux mœurs le plus proche possible de ce que les parties ont voulu en vain. Le principe de la liberté contractuelle et du primat de la volonté oblige à considérer le fait que les parties ont voulu quelque chose de précis. La vocation du droit dispositif est de combler les lacunes ouvertes par le fait que les parties n'ont pas vue une question ou ont voulu s'en remettre à la loi pour sa solution.»

344 DUDEN, «Teil», Ziff. 1 (S. 1749).

345 DUDEN, «Teil», Ziff. 4 (S. 1749) (Eckige Klammern und Text darin im Original).

346 Wobei dann die Vereinbarung der 10% zum Beispiel bei Anwendbarkeit des KKG nach Art. 1 Abs. 1 VKKG-EJPD zulässig wäre, die weiteren 8% damit nicht. Ob der AGB-Verwender (gerade Konsumkreditverträge werden zwar nicht notwendigerweise, aber wohl doch regelmässig unter Verwendung allgemeiner Geschäftsbedingungen geschlossen) diese Rechtsfolge dadurch vermeiden kann, dass er mehrere Klauseln in seine allgemeinen Geschäftsbedingungen aufnimmt (eine mit 10% Zins, eine mit einem «Zinszuschlag» von 8%; im Falle einer Haftungsbeschränkung eine über die Haftung bei grober Fahrlässigkeit und eine über die Haftung bei leichter Fahrlässigkeit), hängt davon ab, ob man einen formellen oder einen materiellen Begriff des «Teils» oder der «Klausel» annimmt (dazu hinten N 247).

gilt, sondern die Vereinbarung erweitert unwirksam ist. Wie ausgeführt ist damit aber nicht gesagt, ob die Erweiterung der Unwirksamkeit zur Geltung des Angemessenen führt oder die Erweiterung noch weiter geht (und statt eines angemessenen Zinses von vielleicht 5% [vgl. Art. 73 Abs.1 und 104 Abs.1 OR] ein solcher von 0% gilt). Denn der vollständige Wegfall des Teils kann zu einer Lücke führen, die dann zu füllen ist.³⁴⁷

- 211 Auf eine vollständige Unwirksamkeit eines Teils des Vertrages kann also die «Rekonstruktion» des weggefallenen «Teils» folgen. Dabei kann diese Rekonstruktion vor allem eine erweiterte Unwirksamkeit begründen. Und zwar mit Geltung dessen, was angemessen ist, sich also zum Beispiel aus dem dispositiven Recht oder dem hypothetischen Parteiwillen ergibt. Solche «konstruktiven» Argumente dürfen nicht einfach als «begriffsjuristisch» ignoriert werden.³⁴⁸ Vielmehr sind die (begrifflichen) Konstruktionen des Gesetzes³⁴⁹ – wie das Gesetz allgemein – für die Rechtsfindung grundsätzlich verbindlich.³⁵⁰ Wie alle Ergebnisse aus der grammatikalischen und systemati-

347 Vgl. hinten N 231 und hinten N 446. Nicht ausgeschlossen ist zudem die Annahme, die Lückenfüllung – aufgrund des hypothetischen Parteiwillens – ergebe gerade das gerade noch Zulässige (dazu hinten N 235 und hinten N 239 f.).

348 Vgl. BYDLINSKI, Methodenlehre, S. 112: «Methodologisch vermochte aber ... die Begriffsjurisprudenz jene Vorgänge im Rahmen der Rechtsgewinnung, die über die bloße Deduktion aus den Gesetzesbegriffen [beziehungsweise] Gesetzessätzen hinausgehen, nicht in den Griff zu bekommen. Welche logisch möglichen Begriffsbildungen und -zusammenfügungen wodurch Relevanz für das geltende Recht erlangen sollten, blieb in Wahrheit offen.» Damit lehnt er die Rechtsfindung aufgrund von Begriffen (und aus ihnen abgeleiteten Konstruktionen) aber nicht ab: «Missbräuchlich ist es hingegen, wenn sich manche unter dem Vorwand der Ablehnung der Begriffsjurisprudenz für berechtigt erachten, auf die möglichst genaue Definition der Rechtsbegriffe zu verzichten oder diese bei der Rechtsanwendung gar unausgesprochen auf Grund irgendwelcher «Wertungen» zu variieren, deren Legitimitätsprüfung man sich damit erspart.» Und pointiert S. 109: «[Die] grosse heutige Aktualität [der «Begriffsjurisprudenz»] liegt mindestens in ihrer Rolle als beliebter methodologischer «Prügelknabe» und darin ..., dass die Ablehnung der Begriffsjurisprudenz manchen Schriftstellern und Gerichten als zureichende Ausrede für unnötig vage bis unverständliche Aussagen dient.» Vgl. auch PETERSEN, S. 36.

349 HASSOLD, S. 131, bezeichnet «Begriffsjurisprudenz und konstruktive oder Konstruktionsjurisprudenz» als Synonyme. Vgl. auch S. 132 f., wo er gerade die hier interessierende «Vernichtung» von Rechtsgeschäften als Beispiel für eine «Konstruktion» anführt. Vgl. auch PETERSEN, S. 36 (Herv. hinz.), zur «als überkommen» gezeigten *Begriffs- und Konstruktionsjurisprudenz*.

350 Vgl. CANARIS, Systemdenken, S. 100 ff., der das mit dem «Wertungsgehalt gesetzlicher Konstruktionen» begründet. (Was dann wohl auch heisst, dass solche Konstruktionen nur dann verbindlich sind, wenn sie einen solchen Wertungsgehalt haben. Ob das bei Art. 20 Abs. 2 OR der Fall ist, bleibt zu untersuchen.) Zur «eigentliche[n] Zentralfrage nach der Bedeutung und dem Zweck der Konstruktionen» und drei Auffassungen dazu vgl. RÜMELIN, S. 79 f.

schen³⁵¹ Auslegung stehen aber auch sie unter dem «Vorbehalt»³⁵² teleologischer Rechtsfindungselemente.³⁵³

Damit spricht der Wortlaut von Artikel 20 Absatz 2 OR eher für eine erweiterte Unwirksamkeit, schliesst die Geltung des Zulässigen aber auch nicht aus.

3. Entwicklung der Rechtsprechung im Allgemeinen

Ursprünglich ging das Bundesgericht davon aus, dass Verträge, die mangelhafte Abreden enthalten, nicht nur im unzulässigen Umfang, sondern in ihrem ganzen Umfang nichtig sind.³⁵⁴ Begründet wurde das allerdings weniger damit, dass die Nichtigkeit sich auf «Teile» erstrecken müsse, sondern eher damit, dass der Richter nicht in den Parteiwillen eingreifen dürfe.³⁵⁵ Die Lehre, die sich mit dieser Frage beschäftigte, stützte sich aber gerade auf Artikel 20 Absatz 2 OR.³⁵⁶ Spiro begründete hingegen, weshalb eine Reduktion übermässiger Vereinbarungen stattfinden müsse: «Nimmt man ... an, dass eine bestimmte Rechtsfolge nur eintritt, *wenn* bestimmte Voraussetzungen gegeben ... sind ..., so entspricht es den Geboten der Logik, auch anzunehmen, dass die Rechtsfolge nur eintritt, *soweit* ihre Voraussetzungen gegeben ... sind.»³⁵⁷

351 Die «Rekonstruktion» des ganz weggefallenen «Teils» durch den hypothetischen Parteiwillen kann man auch mit einer systematischen Auslegung von Art. 20 Abs. 2 OR begründen. Denn man kann annehmen, dass er ähnlich verstanden werden muss wie Art. 18 OR und Art. 2 Abs. 1 ZGB (und schon Art. 2 Abs. 2 OR), die den Richter zur Ergänzung von Verträgen verpflichten und dazu auf das dispositive Recht und auf den hypothetischen Parteiwillen abstellen (zum Verhältnis dieser zueinander hinten N 230 ff.).

352 Zum Verhältnis der einzelnen Rechtsfindungselemente und ihrer Ergebnisse zueinander vgl. vorn N 93 ff., vorn N 123 ff. und hinten N 479 ff.

353 Vgl. dazu WAGNER, S. 367, der «dogmatisch-konstruktive» Rechtsfindung teleologischen Überlegungen gegenüberstellt. Vgl. auch PETERSEN, S. 36: «[U]nter den Auslegungskanonens [muss] ... die grammatikalische (die der Begriffsjurisprudenz am ehesten entspricht) der teleologischen in concreto mitnichten widersprechen ..., sondern im Idealfall [wird] sogar das Wortlautargument teleologisch abgesichert.»

354 BGE 23, 740 Erw. 4 S. 742 ff., insbesondere S. 745, noch unter dem OR-1881. Dazu BUCHER, Aktionendenken, S. 27 f., der darin «ein begriffsjuristisches Juwel» sieht. In BGE 36 II 193 Erw. 3 S. 200 f., ebenfalls noch unter dem OR-1881, nahm das Bundesgericht mit Verweis auf die *ratio legis* des Art. 17 OR-1881 aber bereits an, die Verpflichtung zur Lieferung von 1000 Bäumen, die aus forstpolizeilichen Gründen teilweise unzulässig (und damit rechtlich unmöglich) war, sei nur teilweise nichtig. Unter dem geltenden OR entschied das Bundesgericht aber gegen eine teilweise Aufrechterhaltung einer zeitlich unbeschränkten Wasserbezugspflicht: BGE 67 II 221 Erw. 3 S. 225 oben. Weitere Entscheide bei SPIRO, S. 451 f. und auf S. 466 der Hinweis auf Entscheide, die die Frage offenliessen.

355 Vgl. die zitierten Entscheide und HÜRLIMANN, N 259.

356 SPIRO, 453 ff., mit weiteren Hinweisen.

357 SPIRO, S. 459 (Herv. i.O.).

214 Einen «Mittelweg» beschritt das Bundesgericht in BGE 80 II 327. Es führte aus: «Dem hält die Beklagte entgegen, dass «Voraussetzung der Beschränkung der Nichtigkeit auf einzelne Teile des Vertrages dessen Teilbarkeit» wäre. Darin ist ihr beizupflichten.» Beim unvollkommen zweiseitigen Darlehensvertrag sei die Verzinsung der Teilnichtigkeit nach Art. 20 Abs. 2 OR zugänglich; «[i]m römischen und gemeinen Recht waren Vereinbarungen von Darlehenszinsen, welche das Höchstmass überschritten, durchwegs der Teilnichtigkeit verfallen (...)».³⁵⁸ Schliesslich wurde aber doch die ganze – im Sinne des einschlägigen § 213 des zürcherischen Einführungsgesetzes zum ZGB (vgl. Erw. 1 S. 328 f.) als Zins qualifizierte – Abschlusskommission als nichtig angesehen, da sie «einen einzelnen Vertragsteil auch im Verhältnis zum Zinsversprechen [bildet]».³⁵⁹ Das kann zwar auch einfach Folge davon sein, dass der Kläger nur 5% (also den neben der Kommission vereinbarten) Zins forderte;³⁶⁰ in BGE 96 II 129 führte das Bundesgericht den Entscheid BGE 80 II 327 allerdings als Beispiel an für einen Fall, in dem es die Rechtsprechung, nach der «der Richter nicht befugt [ist], die übermässige Unterlassungspflicht zu beschränken», – nachdem es sie in BGE 43 II 663 infrage gestellt habe – bestätigte.³⁶¹

215 Eine andere Ansicht lag dem eben erwähnten BGE 96 II 129 zugrunde. Das Bundesgericht nahm die Geltung des dispositiven Rechts an.³⁶² In BGE 107 II 216 nahm das Bundesgericht an, die Dauer des Vertragsverhältnisses betrage – nachdem die vereinbarte «ewige Dauer» unzulässig war – entsprechend dem mutmasslichen Parteiwillen³⁶³ acht Jahre, die Kündigungsfrist (nach diesen acht Jahren) betrage entsprechend der dispositiven Gesetzesregel von Artikel 546 Absatz 1 OR sechs Monate.³⁶⁴

216 Die bundesgerichtliche Rechtsprechung schwankte also zur Frage, ob Verträge und ihre «Teile» teilweise unwirksam sein können oder nicht, und auch zur Frage, was bei vollständiger Unwirksamkeit (eines Teils oder einer Klausel) stattdessen gelte. Begründet wurde diese Rechtsprechung allerdings nicht mit dem Wortlaut von Artikel 20 Absatz 2 OR, sondern mit Rücksicht auf den Willen der Parteien, also auf die Privatautonomie.

358 Zum Ganzen BGE 80 II 327 Erw. 4.a S. 334 mit Verweis unter anderen auf SPIRO, S. 466 f.

359 BGE 80 II 327 Erw. 5 S. 336 f.

360 Vgl. BGE 80 II 327, Sachverhalt, B. (S. 328), und Erw. 6 S. 337.

361 BGE 96 II 129 Erw. 3.b S. 132.

362 BGE 96 II 129 Erw. 3.b S. 133; mit Hinweisen auf die Entwicklung der Rechtsprechung und der «Aufnahme» derselben durch die Literatur auf S. 132; dazu auch BGE 106 II 369 Erw. 4 S. 379.

363 BGE 107 II 216 Erw. 3.b S. 218; wobei der mutmassliche Parteiwille nicht notwendigerweise das Gleiche ist wie der hypothetische Parteiwille (dazu hinten Fn. 396).

364 BGE 107 II 216 Erw. 4 S. 220; vgl. zu diesem Entscheid die Besprechung in GAUCH, Teilnichtigkeit.

In einem neueren Entscheid nahm das Bundesgericht an, Rechtsfolge der Verletzung bestimmter Schranken der Vertragsfreiheit sei nicht die Geltung des Zulässigen, sondern eine erweiterte Unwirksamkeit.³⁶⁵ Es leitete auch das allerdings nicht aus Artikel 20 Absatz 2 OR ab, sondern aus dem Zweck der verletzten Norm. In einem späteren Entscheiden liess es die Frage jedoch jeweils wieder³⁶⁶ offen.³⁶⁷ Auch in diesem Entscheid wurde die Möglichkeit einer erweiterten Unwirksamkeit – über die das Bundesgericht eben nicht zu entscheiden hatte – aber nicht mit dem Wortlaut von Artikel 20 Absatz 2 OR begründet.

Im Folgenden kann noch untersucht werden, ob sich aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu zwei Sonderfällen – der Globalzession und der Übervorteilung – etwas ergibt. Da dies nicht der Fall sein wird, kann die Frage nach der Bedeutung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung für die Rechtsfindung offenbleiben.

4. Globalzession

Nach Artikel 27 Absatz 2 ZGB kann sich «[n]iemand ... seiner Freiheit entäussern oder sich in ihrem Gebrauch in einem das Recht oder die Sittlichkeit verletzenden Grade beschränken». Das hat zur Folge, dass die Möglichkeit, sich vertraglich zu binden, eingeschränkt ist.³⁶⁸ «[E]ine zeitlich und gegenständlich unbeschränkte Zession aller gegenwärtigen und künftigen Forderungen [ist] gemäss [Artikel 27 Absatz 2 und 20 Absatz 1 OR] sittenwidrig und deshalb

365 So das Bundesgericht im Entscheid vom 18. Dezember 2008 im Verfahren 4A_404/2008, Erw. 5.6.3.2.1: «[D]ie in der Lehre vertretene Ablehnung einer geltungserhaltenden Reduktion überzeugt.» Ob einem solchen «unpublizierten» Entscheid geringere «normative Bedeutung» zukommt als «publizierten» Entscheiden – falls Entscheiden des Bundesgerichts solche überhaupt zukommt –, kann hier nicht untersucht werden.

366 In früheren Entscheiden ergab sich das eine oder das andere Ergebnis aus Gründen, die für die hier vorzunehmende Untersuchung ohne Bedeutung sind. In BGE 123 III 292 Erw. 8 S. 305 war die vorinstanzliche Annahme unangefochten geblieben, Ersatz des Vereinbarten sei das «marktübliche Durchschnittsentgelt und nicht der unter dem Gesichtspunkt des Wuchers gerade noch zulässige[,] aber immer noch inäquivalente Preis». Im Entscheid vom 17. August 2006 im Verfahren 4C.156/2006 ging es um ein Pauschalhonorar für einen Anwalt, der sich damit auch für Leistungen entschädigen liess, die er als unentgeltlicher Rechtsbeistand erbracht hatte, was unzulässig ist (Erw. 2.2). Das Bundesgericht zog eine erweiterte Unwirksamkeit nicht in Betracht, obwohl es um Normen zum Schutz des Schwächeren (des Klienten) ging und wohl auch noch öffentliche Interessen daran betroffen waren, dass ein Anwalt sich nicht «doppelt» (davon einmal zulasten des Staates) entschädigen lässt. Die Ganzunwirksamkeit war allein Folge davon, dass kein hypothetischer Parteiwille darüber festgestellt werden konnte, wie hoch die Entschädigung nur für die Leistungen gewesen wäre, die der Anwalt dem Klienten hätte in Rechnung stellen dürfen (Erw. 2.2f.).

367 BGE 143 III 600 Erw. 2.8.2 S. 615.

368 HUGUENIN/REITZE, Art. 27 ZGB N 8. Ob es sich bei Art. 27 (Abs. 2) ZGB um einen Anwendungsfall des Art. 20 OR handelt (kritisch ebd., mit weiteren Hinweisen), ist hier ohne Bedeutung.

nichtig»,³⁶⁹ Dabei «[geht d]ie Vorinstanz zutreffend ... davon aus, dass die Verletzung von Art. 27 Abs. 2 ZGB zu einer blossen Teilnichtigkeit und Beschränkung der Abtretung auf das zulässige Mass führen kann».³⁷⁰ Das Bundesgericht lässt eine Teilnichtigkeit, auf die sich der Kläger und Gläubiger (und Zessionar) berufen hatte, um die von seinem Schuldner ihm «abgetretene» Lohnforderung bei dessen Arbeitgeber einzutreiben, jedoch nicht zu: «Würde nämlich eine solche Teilnichtigkeit der Zession zugelassen, so würde dies im Zeitpunkt der Entstehung oder Geltendmachung der abgetretenen Forderung zu einer Unsicherheit führen, welche auch mit gemilderten Anforderungen an die Bestimmbarkeit im Sinne der genannten Autoren nicht mehr vereinbar wäre. Da die Nichtigkeit aus der totalen Abtretung aller denkbaren Forderungen folgt, wäre für den in Anspruch genommenen Drittschuldner nicht ersichtlich, ob die ihm gegenüber geltend gemachte Forderung davon erfasst oder aufgrund blosser Teilnichtigkeit davon ausgenommen wäre. Wie die Klägerin vorliegend aus Art. 20 Abs. 2 OR die Gültigkeit der Abtretung wenigstens für Erwerbseinkommen ableiten will, könnte sie ebenso gut, wenn sie auf Zins- oder Rentenansprüche greifen wollte, zumindest diese als gültig ausgeben; im konkreten Streitfall wäre daher die grundsätzliche Nichtigkeit der Totalabtretung stets unwirksam. Es versteht sich von selbst, dass das unerträglich wäre, könnte doch auf diese Weise das Verbot der Totalzession gänzlich illusorisch gemacht werden.»³⁷¹

220 Die Annahme einer vollständigen Unwirksamkeit – und damit eine erweiterte Unwirksamkeit, denn eine auf die eine oder andere Forderung(en) beschränkte Zession wäre möglicherweise zulässig gewesen – begründete das Bundesgericht aber auch hier nicht mit dem Wortlaut von Artikel 20 Absatz 2 OR, wonach nur ein ganzer «Teil» der Vereinbarung nichtig sein kann. Das Bundesgericht führte vielmehr aus, dass durch eine Teilunwirksamkeit «das Verbot der Totalzession gänzlich illusorisch gemacht werden» könnte. Damit ergibt sich diese Begründung aus dem Zweck der verletzten Norm.³⁷²

369 BGE 112 II 433 Erw. 3 S. 436 und S. 437 (und schon BGE 84 II 355 Erw. 3 S. 366); immerhin mit dem Hinweis auf eine mögliche Ausnahme, wenn es «darum [geht], einem bedrängten Schuldner mit Hilfe eines umfassenden Zessionskredits eine Sanierung zu ermöglichen» (BGE 112 II 433 Erw. 3 S. 436).

370 BGE 112 II 433 Erw. 4 S. 437.

371 BGE 112 II 433 Erw. 4 S. 438. Vgl. allerdings (ebenfalls für eine Globalzession) BGE 106 II 369 Erw. 4 S. 379 («la jurisprudence fédérale a par la suite toujours plus nettement évolué dans le sens qu'un acte juridique qui heurte l'art. 27 al. 2 CO ne doit pas être annulé mais simplement ramené à la mesure convenable») und BGE 120 II 35 für eine Globalbürgschaft. Nicht thematisiert wurde die Frage in BGE 113 II 163, da das Bundesgericht die Zession als zulässig erachtete.

372 Ob sich eine erweiterte Unwirksamkeit aus dem Zweck von Art. 8 UWG ergibt, bleibt zu prüfen. Immerhin ist die für BGE 112 II 433 relevante Begründung für Art. 8 UWG

5. Übervorteilung (Artikel 21 OR)

«Wird ein offenbares Missverhältnis zwischen der Leistung und der Gegenleistung durch einen Vertrag begründet, dessen Abschluss von dem einen Teil durch Ausbeutung der Notlage, der Unerfahrenheit oder des Leichtsinns des andern herbeigeführt worden ist, so kann der Verletzte innerhalb Jahresfrist erklären, dass er den Vertrag nicht halte, und das schon Geleistete zurückverlangen.»³⁷³

«Dem Eventualstandpunkt des Klägers, allenfalls wäre nicht der gesamte Vertrag als nichtig zu erklären, sondern nur jener Teil der Forderung, die den angemessenen Zinssatz überstieg, ist nicht beizupflichten. Übervorteilung im Sinne des Art. 21 OR macht den Vertrag nicht nichtig. Art. 20 Abs. 2 OR, der den Grundsatz der Nichtigkeit von Verträgen mit unmöglichem, widerrechtlichem oder gegen die guten Sitten verstossendem Inhalte auf den von solchen Mängeln betroffenen Teil des Vertrages beschränkt, wenn nicht anzunehmen ist, der Vertrag wäre ohne den nichtigen Teil überhaupt nicht abgeschlossen worden, trifft daher nicht zu. Wenn der Übervorteilte ... erklärt, dass er [den Vertrag] nicht halte, kann die Gegenpartei auch nicht mehr bloss teilweise Erfüllung des Vertrages verlangen ... Ob [die übervorteilte Partei] berechtigt ist, statt dessen eine inhaltliche Änderung des Vertrages, [das heisst] die Herabsetzung ihrer übermässigen Leistungspflicht zu verlangen, kann offen bleiben, da die Beklagte [= übervorteilte Partei] im vorliegenden Falle die vollständige Unverbindlichkeit geltend macht.»³⁷⁴

«Man kann sich nun allerdings fragen, ob ... der Verletzte [also der Übervorteilte] einfach seine Leistung im vollen Umfang zurückverlangen könne und es dem Beklagten [= Anfechtungsgegner] überlassen bleibe, einredeweise ungerechtfertigte Bereicherung des Verletzten geltend zu machen, oder ob der Rückforderungsanspruch des Art. 21 OR den Schranken von Art. 62 ff. OR unterliege. Die letztere Lösung liefe praktisch auf eine Anerkennung der Teilnichtigkeit des Vertrages hinaus, die BGE 84 II 112 bei Geltendmachung vollständiger Unverbindlichkeit seitens des Übervorteilten mit Recht abgelehnt hat. Die Frage kann jedoch offen bleiben.»³⁷⁵

nicht relevant. Beispielsweise bei Zinsen handelt es sich bei den einzelnen Prozentpunkten nicht um unterschiedliche Forderungen, sondern um eine einheitliche Zinsforderung über einen bestimmten Prozentsatz, die zudem dem gleichen Gläubiger zusteht.

373 Art. 21 Abs. 1 OR.

374 BGE 84 II 107 Erw. 4 S. 112 f.

375 BGE 92 II 168 Erw. 6. c Abs. 2 S. 179.

224 Bei der Übervorteilung fällt der Vertrag also grundsätzlich vollständig dahin; namentlich kann die übervorteilende Partei nicht verlangen, dass der Vertrag teilweise aufrechterhalten bleibe. Das Bundesgericht erklärt diesen Unterschied zwischen den Artikeln 20 und 21 OR damit, dass «[i]m Falle des Art. 21 OR ... der Vertrag ... unter dem Einfluss eines mangelhaften Willens zustande gekommen [ist]; die eine Partei hat die Notlage, die Unerfahrenheit oder den Leichtsinns der anderen ausgebeutet, um ihre Zustimmung zum Verträge zu erlangen. Daher stellt das Gesetz es ins Belieben der übervorteilten Partei, sich vom Verträge vollständig loszusagen.»³⁷⁶ Darin kann man eine pönale Rechtsfolge sehen: Wenn schon eine Partei die andere ausnützt, soll sie nicht noch die «Wohltat» erhalten, dass der Vertrag soweit zulässig aufrechterhalten bleibt.³⁷⁷ Man kann darin aber auch bloss die Konsequenz davon sehen, dass bei Artikel 21 OR der Vertrag zwar mit einem offensichtlichen Missverhältnis geschlossen wurde, der Wille des Übervorteilten aber überhaupt nicht – auch nicht für einen Vertrag mit einem angemessenen Verhältnis von Leistung und Gegenleistung – bestand,³⁷⁸ weshalb der Übervorteilte auch nicht soweit gebunden sein soll.

225 Der Anfechtungsgegner kann also nicht verlangen, dass der Vertrag teilweise aufrechterhalten bleibe. Offen gelassen wurde in diesen Entscheiden die Frage, ob der *Übervorteilte* verlangen kann, dass der Vertrag (nicht ganz wegfällt, sondern) mit einem angemessenen Verhältnis von Leistung und Gegenleistung bestehen bleibt. Dies entschied das Bundesgericht in BGE 123 III 292: «[D]ie Rechtsfolge der partiellen Unwirksamkeit [ist] auch im wucherischen Vertragsverhältnis zu ermöglichen.»³⁷⁹ Begründet wurde dies (unter anderem) mit dem Hinweis, dass «bereits die Revision [des OR] von 1911 ... sich einem vermehrt materialen Vertragsdenken zu[wandte]» und sich «diese

376 BGE 84 II 107 Erw. 4 S. 113.

377 Bei Art. 25 OR geht das Bundesgericht jedoch – entsprechend dessen Wortlaut – davon aus, dass es vom Anfechtungsgegner abhängt, ob der Vertrag teilweise aufrechterhalten bleibt (BGE 80 II 327 Erw. 4. b S. 335).

378 Immerhin im Falle einer Notlage (die eine der Tatbestandsvarianten ist) dürfte der Übervorteilte aber gerade an einem Vertragsschluss (überhaupt und damit erst recht zu angemessenen Bedingungen) interessiert gewesen sein. Vgl. dazu BYDLINSKI, Mitte, S. 372f.: «Vor allem muss klar sein, dass das Rechtsinstitut ‚Vertrag‘ auch und vielleicht in besonderem Masse der Befriedigung dringender Bedürfnisse dienen soll, die gerade ‚keine Wahl‘ lassen. Man denke zur Veranschaulichung an Extremfälle wie dringend notwendige ärztliche Hilfe, den aktuellen Wasserrohrbruch, das ‚Eingehen‘ des Autos in der Einöde oder die Gastaufnahme eines hungrigen und womöglich vom Erfrieren bedrohten Wanderers.»

379 BGE 123 III 292 Erw. 2. f. S. 300. Ob auch der Übervorteiler (und nicht nur der Übervorteilte) eine «geltungserhaltende Reduktion» verlangen könne, wurde hingegen hier offengelassen.

Tendenz im sogenannt sozialen Privatrecht kontinuierlich verstärkt» habe; «[d]as Vertragsrecht wird zunehmend ‚materialisiert‘, die formale Vertragsfreiheit durch materielle Vertragsgerechtigkeit verdrängt, besonders deutlich etwa in den Gebieten des Miet- und Arbeitsrechts, des Konsumentenschutzes oder der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Die zeitgemässe Rechtsüberzeugung ist nicht mehr allein vom Schwarz-weiss-Schema der Gültigkeit oder Nichtigkeit privater Rechtsgestaltung geprägt, sondern fasst immer fester auch in der Grauzone der geltungserhaltenden Reduktion fehlerhafter Kontakte durch richterliche Inhaltskorrektur Fuss. Die Möglichkeit richterlicher Vertragsgestaltung entspricht augenfällig dem Zeitgeist.»³⁸⁰

Das Bundesgericht nahm hier nicht eine erweiterte Unwirksamkeit an. Es ging «erst» um die Frage, ob eine Teilunwirksamkeit überhaupt in Betracht komme (oder der Vertrag eben ganz weg falle). Ob diese Teilunwirksamkeit hingegen bedeute, es gelte zwischen den Parteien «das marktübliche Durchschnittsentgelt» oder «der unter dem Gesichtspunkt des Wuchers gerade noch zulässige[.] aber immer noch inäquivalente Preis», liess das Bundesgericht (aus prozessualen Gründen) offen.³⁸¹ 226

Aus dieser Rechtsprechung ergibt sich für die Frage nach der vertraglichen Rechtsfolge der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen nichts. Die Annahme, eine Teilnichtigkeit sei bei Artikel 21 OR nicht möglich, wurde aufgegeben. Die Annahme, eine solche sei bei Artikel 20 Absatz 2 OR ausgeschlossen (oder jedenfalls soweit ausgeschlossen, als einzelne «Teile» «aufgeteilt» würden), würde dieser Rechtsprechung gerade widersprechen. (Was nicht heisst, dass es nicht aufgrund des Wortlauts des Gesetzes oder aus anderen Gründen doch so sei; mit Artikel 21 OR würde es aber jedenfalls nicht übereinstimmen.) Die Frage nach der Erweiterung der Unwirksamkeit – statt der Geltung des (gerade noch) Zulässigen – wurde offengelassen.³⁸² 227

6. Entstehungsgeschichte

Der ENTWURF OR 1909 sah in Artikel 103^{bis} Absatz 1 Folgendes vor: «Ein Vertrag ist nichtig, *soweit* er einen unmöglichen oder widerrechtlichen Inhalt hat oder gegen die guten Sitten verstösst.» Der Bericht OR 1909 führte dazu aus: 228

380 BGE 123 III 292 Erw. 2.e.aa S. 297f.

381 BGE 123 III 292 Erw. 8 S. 305.

382 Kritisch zur Annahme des Bundesgerichts, Teilunwirksamkeit ergebe sich aus einer Abkehr vom «Schwarz-weiss-Schema» und aus «zeitgemässer Rechtsüberzeugung», KRAMER, Besprechung, S. 1561, mit Hinweis auf AGB, wo aus Präventionsgründen gerade eine Ganzunwirksamkeit gefordert sei. Zur Teilunwirksamkeit bei Täuschung vgl. nun den Entscheid des Bundesgerichts vom 22. November 2017 im Verfahren 4A_62/2017 und zu diesem VISCHER/GALLI.

«Die Nichtigkeit des Vertrages mit unmöglichem, widerrechtlichem oder unsittlichem Inhalt, Art. 1034, erfuhr in dem Sinne eine Ergänzung, dass angefügt wird, diese Ungültigkeit sei nur insoweit vorhanden, als der Inhalt unmöglich, widerrechtlich oder unsittlich sei.»³⁸³ Diese Fassung wurde allerdings nicht Gesetz. Die Annahme, dass der Gesetzgeber mit dem schliesslich Gesetz gewordenen Begriff «Teile» vom ENTWURF OR 1909 abweichen und die Teilbarkeit einzelner Klauseln ausschliessen wollte – und damit die «Geltung des Zulässigen» in gewissen Fällen verunmöglichen wollte –, wird durch die Materialien aber eher nicht gestützt.³⁸⁴

229 Zudem führte Eugen Huber als Berichterstatter der vorberatenden Kommission aus: «Ferner ist in diesem Abschnitt näher geordnet worden die Frage der Nichtigkeit eines geschlossenen Vertrages wegen seines unmöglichen, widerrechtlichen oder unsittlichen Inhaltes. Der Vertrag solchen Inhalts soll nicht ohne weiteres in allen Fällen vollständig nichtig sein, sondern nur *soweit*, als der Mangel am Gegenstand in der betreffenden Richtung reicht, immerhin mit dem Vorbehalt, dass, wenn aus der bloss teilweisen Nichtigkeit eines unsittlichen, widerrechtlichen Vertrages geschlossen werden muss, bei richtiger Kenntnis der Sache hätte ein Kontrahent eben doch den ganzen Vertrag nicht geschlossen, dann der Vertrag vollständig als ungültig behandelt wird.»³⁸⁵

383 BERICHT OR 1909, S. 732.

384 Vgl. aber GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 692, wonach die «Aufteilung des Vertrags durch Zerlegung auch der einzelnen Abrede in verschiedene Teile ... der Gesetzestradition zuwiderläuft». Immerhin darf man wohl auch nicht einfach annehmen, dass immer schon dann gilt, was die Botschaft vorschlug, wenn der Gesetzgeber nicht klar und ausdrücklich etwas anderes wollte. Anders mag es sein, wenn der Gesetzgeber vom zuvor geltenden Gesetz abweichen will. Dann muss er dies mit einer gewissen Klarheit zum Ausdruck bringen. Vgl. dazu für Art. 8 UWG COENDET, S. 62 («Lässt sich ein Strategiewechsel nicht überzeugend nachweisen, kann die Lösung für das neue Recht nur in der [unter altem Recht geltenden] Aussentese liegen»), auch S. 63, S. 67; und für das OR BUCHER, Hundert Jahre OR, S. 381, nach dem bei der historischen Auslegung auch das OR-1881 zu berücksichtigen ist, insbesondere dann, wenn allfällige Änderungen nicht von einem klaren Willen der Rechtsänderung veranlasst wurden. Das OR-1881 (namentlich sein Art. 17) enthielt aber keine Regelung zur Teilnichtigkeit. Die Frage, ob der Gesetzgeber mit Art. 20 Abs. 2 OR vom früheren Recht abwich, kann deshalb – jedenfalls (allein) aufgrund des Wortlauts des früheren Rechts – nicht beantwortet werden.

385 Votum HUBER, Stenographisches Bulletin Nationalrat 1909, S. 474 links (Herv. hinz.). Aus dem Votum des französischsprachigen Berichterstatters ergibt sich hingegen nichts hier Relevantes (vgl. Votum ROSSEL, Stenographisches Bulletin des Conseil national 1909, S. 477 links und S. 487 rechts).

7. Der hypothetische Parteiwille

Ein Teil der Lehre geht davon aus, dass nach Artikel 20 Absatz 2 OR ein ganzer Teil des Vertrages unwirksam ist und dass eine dadurch entstehende Lücke durch den hypothetischen Parteiwillen zu füllen ist.³⁸⁶

a. Relevanz des hypothetischen Parteiwillens

Denkbar ist, dass man die Lücke aufgrund der Regeln über die Vertragsergänzung füllt.³⁸⁷ Auch wenn man annimmt, dass Artikel 20 Absatz 1 (oder 2) OR nicht einen «Ganzwegfall» (mit darauffolgendem «Ersatz» der weggefallenen Klausel) zur Folge hat,³⁸⁸ sondern eine Reduktion, kann man sich die Frage stellen, «worauf» zu reduzieren ist. Denn die Wertungen, die den Regeln über die Vertragsergänzung zugrunde liegen, sind möglicherweise auch für die Auslegung des Artikels 20 OR – zur Frage danach, wie weit die Nichtigkeit gehen soll – von Bedeutung. Eine (teleologisch-)systematische Rechtsfindung fordert, dass Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleichbehandelt wird; handelt es sich also um vergleichbare Situationen, spricht eine systematische Rechtsfindung (und damit die «Einheit der Rechtsordnung») dafür, auch die gleichen Regeln anzuwenden; vorliegend also unabhängig davon, ob man einer «Reduktionstheorie» oder einer «Ersatztheorie» folgen will.

Petitpierre weist hingegen darauf hin, dass es sich nicht um vergleichbare Fälle handelt; dass also die Frage, was in einem von den Parteien nicht bedachten (oder absichtlich dem dispositiven Gesetz oder gar dem Entscheid des Richters überlassenen) Punkt gilt, nicht die gleiche ist wie die Frage, was gilt, wo die Parteien eben gerade einen bestimmten Willen zu einer bestimmten Regelung hatten.³⁸⁹

386 HUGUENIN/MEISE, Art. 19/20 OR N 65: «Entsteht durch den Teilmangel eine Lücke, so ist nach Massgabe des hypothetischen Parteiwillens eine Ergänzung des Vertrags in Betracht zu ziehen.» Denkbar ist aber auch, dass man den Vertrag nach «Ganzwegfall» nicht als lückenhaft betrachtet. Dabei kommt es auf den «Regelungsplan» des Vertrages an. Auch MÜLLER, Art. 18 OR N 457, nimmt an, dass der Verstoss gegen zwingendes Recht (das eine der Schranken der Vertragsfreiheit ist) zu einer Lücke führen kann.

387 Vertragsergänzung ist nötig, wenn «die Parteien über einen Punkt, der sich nachträglich als regelungsbedürftig erweist, gerade keine Vereinbarung getroffen haben» (MÜLLER, Art. 18 OR N 433).

388 Dieses Vorgehen aber bei GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 706; KRAMER, BeKomm, Art. 19-20 OR N 362.

389 PETITPIERRE, N 13 (S. 78). Vgl. auch GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 710 und N 712a, wonach «Art. 19 Abs. 2, der die angesprochenen Fälle [wo das Gesetz selber eine Ersatzregel vorsieht] unmittelbar betrifft, von einer Befragung des ‚hypothetischen Parteiwillens‘ absieht»; HUGUENIN/MEISE, Art. 19/20 OR N 62 Abs. 2; KRAMER, BeKomm, Art. 19-20 OR N 359.

233 Nimmt man aber dennoch an, dass die Regeln über Vertragsergänzung anzuwenden sind, so kommt es auf den hypothetischen Parteiwillen an.³⁹⁰

234 Auch wenn man die Annahme ablehnt, dass die Regeln über die Vertragsergänzung anzuwenden seien (und damit der hypothetische Parteiwille zu befragen sei), kann es auf diesen ankommen. Denn nach Artikel 20 Absatz 2 OR ist die Antwort auf die Frage, ob der Vertrag ganznichtig sei, vom hypothetischen Parteiwillen abhängig. Kann der Vertrag nur bestehen bleiben, wenn er dem hypothetischen Parteiwillen entspricht, macht es auch Sinn, zu fragen, was für ein Vertragsinhalt denn dem hypothetischen Parteiwillen entsprochen hätte – denn mit jedem anderen Inhalt müsste der Vertrag ja ganznichtig sein.³⁹¹

b. Inhalt des hypothetischen Parteiwillens

235 Gilt das, was nach dem hypothetischen Parteiwillen vereinbart worden wäre,³⁹² stellt sich weiter die Frage, ob dieser zur Geltung des Zulässigen führt oder zu einer erweiterten Unwirksamkeit (wobei dabei hier wohl nur die Geltung dessen, was angemessen ist, infrage kommt). Der hypothetische Partei-

390 MÜLLER, Art. 18 OR N 461. Umstritten ist, ob und in welchen Fällen das dispositive Recht dem hypothetischen Parteiwillen vorgeht. Vgl. dazu GAUCH, *Teilnichtigkeit*, S. 98 («Der »hypothetische Parteiwille« wird durch das dispositive Gesetzesrecht verdrängt»). Vorliegend kann das nicht weiter untersucht werden. Es spielt auch keine Rolle, da sich auch aus dem hypothetischen Parteiwillen nicht ergeben wird, ob das Zulässige gilt oder eine erweiterte Unwirksamkeit. BUCHER, *Dispositives Gesetzesrecht* (S. 259 f. [Ziff. 2]), weist darauf hin, dass es zwischen zwingendem und dispositivem Recht (zumindest) eine weitere Abstufung gebe, «dass die Verschiedenheit der Zwecksetzungen dispositiver Normen auch zu einer Verschiedenheit der ... das dispositive Recht ausschliessenden Vertragswillen der Parteien führen muss» (abgesehen vom »formellen Recht«, das ohnehin ausserhalb der Unterscheidung zwischen zwingendem und dispositivem Recht stehe, S. 249 f.).

391 Eine ähnliche Argumentation für das deutsche Recht bei LINDACHER/HAU, § 306 BGB N 59: Eine Geltung des Zulässigen (statt des Angemessenen) findet dort statt, wo andernfalls der Vertrag gesamthaft wegfällt (wobei das Kriterium dafür die unzumutbare Härte ist, was aber an der Argumentation nichts ändert, dass das »Notventil« auch über die Lückenfüllung bestimmt). Zwingend ist dieses Argument allerdings nicht. Denkbar ist auch, dass Art. 20 (Abs. 1 oder 2) OR eine Regel aufstellt darüber, was statt des Vereinbarten gilt, und der Vertrag nur dann bestehen bleibt, wenn das, was sich aus dieser Regel ergibt, gleichzeitig dem hypothetischen Parteiwillen entspricht (und wenn das nicht der Fall ist, der Vertrag halt ganz dahinfällt). Zur Frage, ob die »Berufung« auf die Ganznichtigkeit nach Art. 20 Abs. 2 OR überhaupt zulässig ist, hinten N 258 ff.

392 So im Ergebnis GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 703. Sie begründen das aber nicht ausdrücklich damit, dass hier gleich vorzugehen sei wie bei der Vertragsergänzung; vgl. aber N 712a, wo sie auf die »Rechtslage, wie sie auch dann besteht, wenn die Parteien über eine vom Gesetz geregelte Frage überhaupt keine (auch keine nichtige) Abrede getroffen haben«, hinweisen, also auf den Fall der Vertragsergänzung.

wille ist das, was «redliche Vertragsparteien» gewollt hätten.³⁹³ Das heisst allerdings noch nicht, dass eine Geltung des Zulässigen ausgeschlossen ist. Der Gesetzgeber erlaubt den Privaten, vom dispositiven Recht abzuweichen und das zu vereinbaren, was gerade noch zulässig ist. Tun sie dies, ist das also – normativ betrachtet – nicht unredlich.³⁹⁴ Der hypothetische Parteiwille kann also zur Geltung des Zulässigen führen. Nimmt man das Kriterium des hypothetischen Parteiwillens wörtlich – was die Parteien vereinbart hätten –, folgt aus ihm wohl gerade die Geltung des Zulässigen.³⁹⁵ Die Lehre ist sich aber nicht einig.³⁹⁶

393 MÜLLER, Art.18 OR N 480f. Vgl. auch BYDLINSKI, System, S. 162, der im Zusammenhang mit der ergänzenden Vertragsauslegung ausführt, dass es nur darauf ankomme, was die Parteien «redlicherweise» vereinbart hätten.

394 Vgl. BUCHER, Dispositives Gesetzesrecht, S. 256: «Der Grund, weshalb die vom Gesetzgeber vorgezeichnete Ordnung nicht zur zwingenden, unabdingbaren gemacht wird, hängt offenbar damit zusammen, dass der Gesetzgeber nicht überzeugt ist, dass seine Lösung für alle Fälle die angemessene sei, weshalb er den Parteien die Möglichkeit eröffnet, eine andere Ordnung zu treffen.»

395 Vgl. NICKEL, S. 126: «Hat der Geschädigte den unwirksamen Vertrag in Kenntnis des ihn unangemessen benachteiligten Inhalts geschlossen, so hätte er erst recht in den Abschluss des hypothetischen günstigeren Vertrages eingewilligt.»

396 Vgl. BURRI, N 236 Fn. 406, mit weiteren Hinweisen. GAUCH, Teilnichtigkeit, 96f.: Nicht der Wille, den sie wirklich gehabt hätten, sondern eine Lösung, die nach Treu und Glauben, nach loyaler Verkehrsauffassung, von beiden Parteien hätte akzeptiert werden müssen. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 706 (Herv. wegg.), wollen (auch) die Frage danach, ob «eine auf das erlaubte Mass reduzierte <Verpflichtung> gilt» oder ob «der Vertrag mit einer reduzierten <Verpflichtung> weiter gilt, die das erlaubte Höchstmass (...) unterschreitet», nach dem hypothetischen Parteiwillen beantworten. Nach Huguenin/Meise, Art.19/20 OR N 63 Abs. 2, hingegen «enthält das Gesetz keine Ermächtigung zur richterlichen Objektivierung dieses hypothetischen Willens: Die Hypothese bezieht sich auf den fiktiven Willen der konkreten Parteien; sie ist auf die konkreten Umstände des Vertragsschlusses abzustützen.» KRAMER, BeKomm, Art.19-20 OR N 363, fordert eine «[m]öglichst individuelle Prüfung des hypothetischen Parteiwillens», wobei «[a]uch einseitige, nur von einem Kontrahenten verfolgte Interessen (Motivationen) ... massgebend» sind (N 364). Vgl. allerdings N 377, wonach das für AGB nicht gelte, sondern «statt dessen das Einfließen dispositiven Gesetzesrechts favorisiert werden [sollte]». MÜLLER, Art.18 OR N 481 (Herv. wegg.): «Der hypothetische Parteiwille ist ... ein normatives Kriterium, das auf redlich denkende Durchschnittsparteien Bezug nimmt und insofern am Gedanken der ausgleichenden Vertragsgerechtigkeit orientiert ist.» Aber N 480: Es kann der mutmassliche Wille sein oder der «objektiv-konkrete Wille von abstrakten Parteien, welche sich in der Situation der Vertragspartner vernünftig verhalten hätten»; denkbar ist auch, dass sich die Vertragsergänzung immer dann «am Willen der konkret am Vertrag beteiligten Parteien zu orientieren [habe] ...», wenn sich aus den übrigen Vertragsbestimmungen geradezu zwingende, selbstverständliche Analogieschlüsse auf den nicht ausdrücklich geregelten Fall ziehen lassen» (N 483). Nach SCHWENZER, OR AT, N 32.45, «[entspricht] geltungserhaltende Reduktion zweifellos dem hypothetischen Parteiwillen», und nach N 32.44 versteht sie unter geltungserhaltender Reduktion eine «Reduktion auf

c. Bundesgerichtliche Rechtsprechung

236 Das Bundesgericht hatte einen Fall zu beurteilen, in dem «[f]ür den Fall, dass der Übervorteilungstatbestand ... erfüllt sein sollte, [die Übervorteilende sich] ... einer geltungserhaltenden Reduktion [widersetzte] und ... die totale Unwirksamkeit des Mietvertrags [beanspruchte]»³⁹⁷. Dem entgegnete das Bundesgericht: «Folgt die Möglichkeit richterlicher Vertragskorrektur im Sinne einer blossen Teilunwirksamkeit unmittelbar aus dem Normzweck von Art. 21 OR, kommt dem hypothetischen Parteiwillen – wie erwähnt – höchstens [aber wohl auch: immerhin] noch für die Neugestaltung des Vertragsinhalts Bedeutung zu, nicht mehr aber für den Grundsatzentscheid. Es widerspräche denn auch klar dem Schutzzweck der Bestimmung, sollte der Wucherer sich unter Berufung auf einen subjektiven hypothetischen Parteiwillen der sachgerechten Anpassung des Vertrags widersetzen können.»

237 Es führte weiter aus, dass «das Ergebnis nicht anders aus[fällt], wenn ein hypothetischer Parteiwille auch auf Seiten des Übervorteilers berücksichtigt wird, sofern dieser Wille richtigerweise an einem normativen, an redlichen Vertragspartnern angelegten Massstab und nicht an den subjektiven Vorstellungen des Wucherers orientiert wird»,³⁹⁸ Dennoch «überliess» es die Frage, was denn die «Ersatzregel» sei, dem «Schutzzweck» von Artikel 21 OR.³⁹⁹

das erlaubte Mass»; vgl. allerdings auch die Relativierung in 32.45 für Normen «zum Schutze der sozial schwächeren Vertragspartei». ZELLWEGER-GUTKNECHT/BUCHER, Art. 2 OR N 10: «Gibt weder der Vertrag noch das Gesetz eine Lösung, ist allein Erweiterung des Vertragsinhaltes gefordert: Das Gericht darf nicht modo legislatoris überlegen und gestützt auf Art. 1 Abs. 2 ZGB fragen, welche Lösung objektiv die angemessenste und als solche generalisierungsfähig sei. Es soll den Interessen der vor ihm stehenden Parteien gerecht werden und sich dementsprechend in deren Lage bei Vertragsschluss versetzen.» Andererseits hat der Gesetzgeber mit Aufstellung des dispositiven Rechts zum Ausdruck gebracht, dass es nicht stets und allein auf den hypothetischen Parteiwillen ankommen soll. Geht stets der hypothetische Parteiwille vor, hat das dispositive Recht keinen Anwendungsbereich mehr; eine solche Annahme ist aus systematischen Gründen abzulehnen. Jedenfalls für den «Normalfall» der Vertragsergänzung – also namentlich gerade nicht für den Fall, in dem die Parteien eine Vereinbarung trafen, die aber unwirksam ist – muss man also wohl annehmen, dass der Gesetzgeber normativ vorgibt, was die Parteien «gewollt hätten».

397 BGE 123 III 292 Erw. 3 S. 300.

398 BGE 123 III 292 Erw. 3 S. 300, mit Hinweis auf Art. 24 Abs. 1 OR und Treu und Glauben. Vgl. auch schon BGE 107 II 419 Erw. 3. b S. 424 f., wonach «[d]er hypothetische Parteiwille im Sinne von Art. 20 Abs. 2 OR ... nicht mit dem innern Willen oder Gutdünken des Beklagten [= Anfechtungsgegner] gleichgesetzt werden [darf] ... Entscheidend ist vielmehr, ob der Beklagte [= Anfechtungsgegner] bei objektiver Einschätzung der vorhandenen Vermögenswerte nach der Erfahrung bereit gewesen wäre, die Aktien der Gesellschaft zu einem niedrigeren Preis zu verkaufen.»

399 BGE 123 III 292 Erw. 8 S. 305.

In einem früheren Entscheid nahm das Bundesgericht jedoch – gerade für Artikel 20 Absatz 2 OR – an, dem hypothetischen Parteiwillen entspreche das gerade noch Zulässige.⁴⁰⁰ In einem späteren Entscheid – ebenfalls für Artikel 20 Absatz 2 OR – liess das Bundesgericht die Frage (unter Hinweis auf seine Rechtsprechung und die Lehre) offen.⁴⁰¹

d. Ergebnis

Artikel 20 Absatz 2 OR verlangt wohl, dass die «Ersatzordnung» bei einem Vertrag, der gegen die Schranken der Vertragsfreiheit verstösst, sich nach dem hypothetischen Parteiwillen bestimmt. Der hypothetische Parteiwille kann aber das sein, was die Parteien gerade noch zulässigerweise hätten vereinbaren dürfen, oder das, was die Parteien angemessenerweise vereinbart hätten, was regelmässig das sein dürfte, was sich aus dem dispositiven Recht ergibt (was allerdings ebenfalls umstritten ist). Denkbar ist auch, dass man nach den Regeln der Vertragsergänzung annimmt, das dispositive Recht gehe dem hypothetischen Parteiwillen vor.

Die Annahme, die «Ersatzordnung» sei – unmittelbar aufgrund von Artikel 20 Absatz 2 OR oder da es sich um Vertragsergänzung handelt – dem hypothetischen Parteiwillen zu entnehmen, lässt also sowohl die Annahme der Geltung des Zulässigen wie auch die Annahme einer erweiterten Unwirksamkeit zu. Immerhin ausgeschlossen sein dürfte unter dem hypothetischen Parteiwillen eine erweiterte Unwirksamkeit, nach der die Rechtslage für den AGB-Verwender schlechter ist als das, was die Parteien angemessenerweise vereinbart hätten.

8. Blue-Pencil-Test

a. Problem und Lösungsmöglichkeiten

«Sind Allgemeine Geschäftsbedingungen ganz oder teilweise nicht Vertragsbestandteil geworden⁴⁰² oder unwirksam,⁴⁰³ so bleibt der Vertrag im Übrigen wirksam. Soweit die Bestimmungen nicht Vertragsbestandteil geworden oder unwirksam sind, richtet sich der Inhalt des Vertrages nach den gesetzlichen Vorschriften.»⁴⁰⁴

400 BGE 120 II 35 Erw. 4.a am Ende S. 41: «A considérer la ratio legis de l'art.20 al.2 CO, cette disposition autorise assurément le juge à réduire les engagements excessifs à la mesure permise par la loi, conformément à la volonté hypothétique des parties.»

401 Entscheid des Bundesgerichts vom 17. August 2006 im Verfahren 4C.156/2006, Erw. 3.3f.

402 Vgl. dazu insbesondere §§ 305 Abs. 2, 305a und 305c BGB.

403 Vgl. dazu insbesondere §§ 307-309 BGB.

404 § 306 Abs. 1 und 2 BGB.

242 «§ 306 Abs. 2 [BGB] will die Frage regeln, wie die Lücke geschlossen werden soll, die in einem Verträge dadurch entstehen kann, dass AGB nicht Vertragsbestandteil geworden oder unwirksam sind. Vor der Anwendung des § 306 Abs. 2 [BGB] muss daher die logisch vorrangige Frage gestellt werden, ob durch den Wegfall der AGB überhaupt eine Vertragslücke entstanden ist; nur wenn sie bejaht wird, kommt die Schliessung der Lücke nach Massgabe des § 306 Abs. 2 [BGB] in Betracht.»⁴⁰⁵

243 Die Frage, die sich aufgrund des Wortlauts von Artikel 20 Absatz 2 OR – «Teile» – stellt, stellt sich nach deutschem Recht⁴⁰⁶ ähnlich. Es geht im Folgenden nicht darum, die Rechtslage in Deutschland für eine allfällige «Übertragung» auf das schweizerische Recht darzustellen, sondern es soll einmal anhand des deutschen Rechts und der dortigen Diskussion aufgezeigt werden, welche weiteren Fragen sich im Zusammenhang mit der Annahme einer Ganznichtigkeit eines «Teils» stellen können.⁴⁰⁷

244 Zunächst stellt sich eine Frage im Zusammenhang mit der «quantitativen Erweiterung».⁴⁰⁸ «Keine Lücke liegt ... dort vor, wo die zu beanstandende AGB-Klausel zwar als solche unwirksam ist, aber nach Lage des Falles auf einen angemessenen Umfang reduziert werden kann. Ob AGB-Klauseln, die teilweise unwirksam sind, immer auch als vollständig unwirksam angesehen werden müssen, oder ob sie mit ihrem wirksamen Teil aufrechterhalten werden können (geltungserhaltende Reduktion), ist lebhaft umstritten. Der Wortlaut des Gesetzes lässt eine klare Antwort auf die gestellte Frage nicht zu. § 306 Abs. 2 [BGB] beruft das dispositive Recht zur Anwendung, «soweit» AGB-Klauseln unwirksam sind; ob damit nur die Unwirksamkeit einzelner von mehreren Klauseln oder auch die Teilunwirksamkeit einer einzelnen Klausel gemeint ist, bleibt zweifelhaft».⁴⁰⁹ Während es beim BGB also um die Frage geht, was «soweit» bedeutet («wieweit?»), geht es bei Artikel 20 Absatz 2 OR um die Frage, wie weit ein «Teil» reicht.

405 BASEDOW, § 306 BGB N 14.

406 Es wird hier nur das AGB-Recht (§§ 305 ff. BGB) behandelt, das in Deutschland eine ausdrückliche Rechtsfolgeordnung enthält; die allgemeine Regel des § 134 BGB kann hier nicht erörtert werden. Das widerspricht nicht der Forderung nach einer funktionalen Rechtsvergleichung (FORSTMOSER/VOGT, § 5 N 75), denn die §§ 305 ff. BGB regeln das vorliegend zu untersuchende Problem gerade abschliessend, sodass sich aus § 134 BGB nichts Weiteres ergibt. (Vor der «Schuldrechtsmodernisierung» war die AGB-Kontrolle nicht im BGB, sondern im AGB-Gesetz geregelt; dazu THOUVENIN, Art. 8 UWG N 30.)

407 Zu einer umfassenderen Darstellung des deutschen Rechts und zur Frage seiner «Übertragung» in die Schweiz aber hinten N 293 ff.

408 Zu diesem Begriff vorn N 170 und vorn N 176.

409 BASEDOW, § 306 BGB N 16.

Weiter stellt sich die Frage, was die Rechtslage ist in Fällen, in denen keine «gesetzlichen Vorschriften»⁴¹⁰ bestehen, also bei Innominatverträgen. Zwar «richtet sich der Inhalt des Vertrags nach den gesetzlichen Vorschriften».⁴¹¹ Doch «[n]icht ausdrücklich in § 306 [BGB] geregelt ist die Frage, unter welchen Voraussetzungen die Lücke, die sich durch den Wegfall der AGB-Klausel in dem Vertrag ergibt, durch ergänzende Vertragsauslegung geschlossen werden kann. Der [Regierungsentwurf] des AGBG sah vor, dass sich «in Ermangelung» von gesetzlichen Vorschriften, die in die Lücke treten könnten, der Vertragsinhalt «nach der Natur des Vertrages» richten solle. Der [Bundestags-] Rechtsausschuss hat diese Regelung gestrichen, weil sich die Zulässigkeit der ergänzenden Vertragsauslegung ohnehin schon aus §§ 157, 133 [BGB] ergebe. Daraus ist zu entnehmen, dass der Gesetzgeber des AGBG die ergänzende Vertragsauslegung für zulässig hielt. Gleiches gilt deshalb für die §§ 305 ff. [BGB].»⁴¹² Es stellt sich also die Frage, ob es bei Fehlen «gesetzlicher Vorschriften», also dispositiven Rechts – damit dort, wo ein «Innominatvertrag» vorliegt –, beim Ganzwegfall sein Bewenden hat oder ob eine «Ersatzordnung» sich aus dem hypothetischen Parteiwillen oder einem «modo legislatoris» für den Innominatvertrag zu schaffenden dispositiven Recht ergibt.⁴¹³ Diese Frage wird in der Schweiz von der Lehre nicht spezifisch gestellt, vielmehr wird angenommen, die Lücke im Vertrag sei grundsätzlich⁴¹⁴ auch bei Innominatverträgen zu schliessen, sei es durch den hypothetischen Parteiwillen oder analog anzuwendendes dispositives Recht. Bei «Nominatverträgen» stellt sich die Frage nach deutschem Recht übrigens nicht: «Keine Lücke liegt in der Regel dort vor, wo der geschlossene Vertrag zu den gesetzlich geregelten

410 § 306 Abs. 2 BGB.

411 § 306 Abs. 2 BGB.

412 BASEDOW, § 306 BGB N 31.

413 Der Ganzwegfall führt allerdings nicht notwendigerweise zu einer Rechtslage, die für den AGB-Verwender schlechter ist als die, die die Parteien angemessenerweise vereinbart hätten: «Der ersatzlose Wegfall einer AGB kann nämlich auch ein angemessenes Ergebnis sein. Dies ist der Fall, wo die AGB schon prinzipiell einen unzulässigen Inhalt besitzt, sprich das «Ob» bereits unangemessen ist» (UFFMANN, Vertragsgerechtigkeit, S. 2229). Vgl. aber (für das österreichische Recht) ILLEDITS, S. 69: «Fehlt ein anwendbares dispositives Gesetzesrecht, lässt sich nicht mehr exakt zwischen angemessenem und gerade noch zulässigem Klauselinhalt differenzieren. Auch in diesem Fall ist aus Präventionsüberlegungen bei Anwendung eines vagen gesetzlichen Massstabes nicht nach der äussersten Grenze des gerade noch Zulässigen zu suchen, sondern die Klausel ist mit sicher und solid zulässigem Inhalt aufrechtzuerhalten.»

414 Ob Art. 8 UWG einen «Ganzwegfall» namentlich aus präventiven Gründen verlangt, bleibt zu prüfen.

Vertragstypen gehört und durch die weggefallene AGB-Klausel Punkte geregelt waren, die im dispositiven Recht nicht behandelt sind. Hier hat es in der Regel mit dem schlichten Wegfall der (unwirksamen oder nicht zum Vertragsbestandteil gewordenen) AGB-Klauseln sein Bewenden.»⁴¹⁵

246 Es stellt sich eine weitere Frage im Zusammenhang mit der «qualitativen Erweiterung».⁴¹⁶ *Wie weit* sich der Inhalt des Vertrags nach den gesetzlichen Vorschriften richtet, ergibt sich aus § 306 Absatz 2 BGB wie ausgeführt nicht. Es stellt sich also die Frage, «wie weit nun die Bestimmung reicht, deren Unwirksamkeit die §§ 307-309 BGB anordnen und auf die sich nach § 306 Abs. 1 BGB die Unwirksamkeit beschränkt»⁴¹⁷. Nach Artikel 20 Absatz 2 OR stellt sich die ähnliche Frage, wie weit ein «Teil» eines Vertrages reicht. Dabei sind verschiedene Möglichkeiten denkbar, diese Frage zu entscheiden:

247 Denkbar ist dabei, «sich ausschliesslich an der Gestaltung des AGB-Textes zu orientieren», was aber dazu führt, «dass der Gesetzesbegriff der Bestimmung allein durch die willkürliche rechtstechnische Gestaltung des Verwenders festgelegt» würde, womit er «den Umfang der Unwirksamkeit selbst in

415 BASEDOW, § 306 BGB N 15. Anschaulich das folgende dort zitierte Beispiel: «Hat sich also der Verkäufer einer Kaffeemaschine durch (gemäß § 305c Abs. 1 [BGB] unwirksame) AGB-Klausel ausbedungen, dass der Kunde auch zum Bezug von Kaffee oder Filterpapier verpflichtet sein soll, so fällt diese Klausel weg; der Kaufvertrag über die Kaffeemaschine wird dadurch nach Lage des Falles nicht lückenhaft, bleibt also wirksam, ohne dass es der Anwendung des § 306 Abs. 2 [BGB] bedarf.»

416 Zum diesem Begriff vorn N 171 ff. Zur Illustration: (1) In einem Mietvertrag war die Höhe und Fälligkeit der Kautions (vgl. für die Schweiz Art. 257e OR) vereinbart, wobei die Fälligkeitsregel unzulässig war. Fällt nun die ganze Klausel über die Kautions weg oder nur die Fälligkeitsregel? Das Gericht entschied sich für Letzteres. (Zum Ganzen UFFMANN, Reduktion, S. 164). (2) In einem Mietvertrag wurde der Mieter verpflichtet, «Schönheitsreparaturen» nach einem bestimmten Zeitplan vorzunehmen. Dieser «Fristenplan» war unzulässig (vgl. für die Schweiz Art. 256 OR, nach dessen Abs. 2 eine solche Vereinbarung regelmässig ohnehin unzulässig sein dürfte; vgl. aber immerhin Art. 259 OR). Fällt nun nur dieser Fristenplan weg oder die ganze Pflicht des Mieters, die (sonst vom Vermieter vorzunehmenden) «Schönheitsreparaturen» vorzunehmen? Das entscheidende Gericht entschied sich für Ersteres. (Zum Ganzen UFFMANN, Reduktion, S. 165, und S. 165 ff. mit weiteren Beispielen.)

417 UFFMANN, Reduktion, S. 154. Vgl. auch S. 152 f., wo sie darauf hinweist, dass die Diskussion in Deutschland «unter dem Stichwort der Teilbarkeit der Klausel» stattfindet, obwohl das Gesetz den Begriff «Bestimmung» verwendet. Vgl. dazu wiederum FASTRICH, Inhaltskontrolle, Seite 337: «Teilbarkeit liegt [nach der ganz herrschenden Meinung] vor, wenn eine Klausel bereits im vorformulierten Text so unterteilt ist, dass dies eine klare Trennung zwischen unangemessenen und nicht unangemessenen Klauselteilen erlaubt ... Diese Abgrenzung ist jedoch zu formal. Unwirksam ist nach § 9 AGBG eine «Bestimmung», was nicht notwendig mit dem Begriff der «Klausel» identisch sein muss. Denn bei der Inhaltskontrolle geht es um den sachlichen Regelungsgehalt, nicht um die Frage formaler Anordnung der Bestimmungen.»

den Händen halten» würde.⁴¹⁸ Weiter kann man «als Bestimmung im Rechtsinn jeweils die Textabschnitte ... werten, die materiell einen selbständigen Regelungsgehalt aufweisen, der einer eigenständigen Wirksamkeitskontrolle zugänglich ist»⁴¹⁹. Der Bundesgerichtshof benutzt eine «Kombinationsformel», der die Lehre sich angeschlossen hat.⁴²⁰ «Liegen mehrere Bestimmungen vor, die allein äusserlich durch den Verwender [zum Beispiel] in einem Absatz oder sogar Satz zusammengefasst sind, bleibt Bezugspunkt der Unwirksamkeit trotzdem immer nur der jeweilige Kontrollgegenstand, also die einzelne unangemessene Bestimmung. Die sprachlich «zusammenhängenden» anderen Bestimmungen sind indes kraft Gesetzes wirksam, da § 306 Abs. 1 BGB die Restwirksamkeit des Vertrags im Übrigen statuiert, somit eine Ausstrahlung der Unwirksamkeit auf die anderen AGB-Bestimmungen gerade nicht anordnet. Auf den Punkt gebracht verbirgt sich hinter dem Stichwort der Teilunwirksamkeit, den zu überprüfenden AGB-Text in die jeweils einer selbständigen Wirksamkeitsprüfung unterliegenden Bestimmungen im Rechtsinn aufzuteilen.»⁴²¹

Entscheidend ist also die Frage, was eine «Bestimmung» ist (wie sich nach OR die Frage stellen würde, was ein «Teil» ist). Man kann zur Entscheidung der Frage, was eine «Bestimmung», eine «Klausel» oder ein «Teil» ist, einen «Blue-Pencil-Test» verwenden:⁴²² Die Rechtsprechung «[nimmt] an..., ein und dieselbe Klausel könne in einen inhaltlich zulässigen und einen inhaltlich unzulässigen Teil zerlegt und auf die Weise die kassatorische Wirkung des Urteils auf den unzulässigen Teil beschränkt werden. ... Dieser Weg soll allerdings nur dann beschritten werden dürfen, wenn sich in der streitigen Klausel mehrere «inhaltlich voneinander trennbare, einzeln aus sich heraus verständliche Regelungen» finden, die trotz des äusseren sprachlichen Zusammenhangs Gegenstand einer gesonderten Wirksamkeitsprüfung sein können. Die inhaltliche Trennbarkeit liegt immer dann vor, wenn der unwirksame Teil der Klausel gestrichen werden kann, ohne dass der Sinn des anderen Teils darunter leidet (sog. Blue-Pencil-Test); ob beide Bestimmungen den

418 UFFMANN, Reduktion, S. 154 f. Vgl. aber für die Transparenz hinten N 470 ff. Wenn man Transparenz will, soll der Verwender «belohnt» werden, der immerhin klar sagt, wo und inwiefern seine AGB vom dispositiven Recht abweichen.

419 UFFMANN, Reduktion, S. 155.

420 UFFMANN, Reduktion, S. 156.

421 UFFMANN, Reduktion, S. 150 f. (Herv. wegg.).

422 Nach UFFMANN, Reduktion, S. 157 ff., verwende der BGH zwar nicht den Begriff, folge diesem aber in der Sache; das Bundesarbeitsgericht verwende ausdrücklich diesen Begriff. Vgl. allerdings S. 162 f. und S. 174, wonach der Blue-Pencil-Test (dort als «Wegstreichtest» bezeichnet) der gesetzlichen Anordnung des BGB widerspreche.

gleichen Regelungsgegenstand betreffen, ist dabei unerheblich.»⁴²³ So ist «nicht ohne weiteres Totalnichtigkeit anzunehmen», «wenn ein AGB-Passus, der sich nach der Gestaltung des konkreten Klauselwerks optisch als eine Klausel darstellt, in Wirklichkeit mehrere – teils unangemessene, teils (noch) angemessene – Einzelaussagen enthält»⁴²⁴. So «[enthält d]ie AGB-Klausel eines Neuwagenverkäufers, wonach sich der Käufer verpflichtet, die Ansprüche aus dem Kaufvertrag nicht abzutreten, das Fahrzeug vor Erhalt nicht weiterzuverkaufen sowie die Zulassung des Fahrzeugs auf sich zu beantragen, ... der Sache nach drei selbständig zu beurteilende Bestimmungen», wovon eine unwirksam ist, die anderen aber bestehen bleiben können.⁴²⁵ Ein weiterer Fall wäre, dass ein AGB-Verwender die Haftung für grobe und leichte Fahrlässigkeit seiner Hilfspersonen ausschliesst.⁴²⁶

b. Bedeutung

aa. Allgemeines

249 Ob ein «Blue-Pencil-Test» das Kriterium für die Frage sein soll, wo innerhalb eines «AGB-Werks» einzelne «Bestimmungen» (§ 306 Absatz 2 BGB) oder «Teile» (Artikel 20 Absatz 2 OR) beginnen und aufhören (und deshalb gesamthaft wegfallen [und allenfalls durch das Angemessene ersetzt werden]), soll hier nicht untersucht werden. Wenn man aber annimmt, dass das Gesetz ein Minimum an «Unwirksamem» (eben Unwirksamkeit eines «Teils») verlangt, wird es nötig, ein Kriterium dafür aufzustellen, was denn ein «Teil» ist. Solche Kriterien wurden eben dargestellt.

250 Die Annahme einer bestimmten Rechtslage – eben der «Mindest-Unwirksamkeit» eines «Teils» – führt wie ausgeführt zu Folgefragen, die nicht ganz einfach zu beantworten sind. Das allein spricht nicht gegen diese Annahme. Doch «[ist] ein vorläufig ins Auge gefasstes Auslegungsergebnis ... schliesslich anhand der damit verbundenen Konsequenzen zu überprüfen, und es ist unter mehreren möglichen Ergebnissen demjenigen der Vorzug zu geben, das zu einer möglichst sachgerechten Lösung im konkreten Fall führt»⁴²⁷. Zunächst führt die Annahme, Artikel 20 Absatz 2 OR verlange (wie sein Wortlaut nahelegt) ein Mindestmass an «Unwirksamem», also zu schwierigen und

423 BASEDOW, § 306 BGB N 12f.

424 LINDACHER/HAU, § 306 BGB N 40. Das sei «[i]m Grundsatz heute nahezu einhellige Meinung», Fn. 103, mit weiteren Hinweisen.

425 LINDACHER/HAU, § 306 BGB N 43, mit zahlreichen weiteren Beispielen.

426 LINDACHER/HAU, § 306 N 40. In diesem Fall sind sie jedoch gegen eine teilweise Aufrechterhaltung: «[E]in reiner Blue-pencil-Test wird der Sache daher nicht gerecht.»

427 FORSTMOSER/VOGT, § 19 N 128.

unklaren Abgrenzungsproblem. Man kann bereits das als nicht sachgerecht empfinden. Denn solche Abgrenzungsprobleme führen wiederum zu Rechtsunsicherheit⁴²⁸ und dürften einem «Auslegungsgrundsatz der Praktikabilität des Rechts» widersprechen.⁴²⁹

bb. Grammatikalische und teleologische Auslegung

Auch wenn eine Antwort auf die Frage, was denn ein «Teil», eine «Bestimmung» oder eine «Klausel» sei, gefunden werden könnte, ist damit die gestellte Frage nach dem Umfang der Unwirksamkeit noch nicht gelöst. Denn das wäre erst die Antwort darauf, was sich aus der grammatikalischen Auslegung ergibt. Doch die Rechtslage ergibt sich nicht allein aus dem Wortlaut; schon gar nicht, wo er wie hier eher unklar ist.

Man kann sich nach den Kriterien richten, ob «der angemessene Teil eine aus sich heraus verständliche und sinnvolle Regelung [darstellt]» oder ob «der angemessene Teil nach Streichung des unangemessenen Teils keine von der bisherigen Gestaltung völlig abweichende und neue Regelung [enthält]»⁴³⁰. Das Ergebnis aus der grammatikalischen Auslegung ist aber – im Rahmen des «Methodenpluralismus» – ohnehin aufgrund teleologischer Argumente zu prüfen.⁴³¹ Deshalb kann (und muss) man sich wohl – jedenfalls für das OR – mit der Feststellung begnügen, dass der Wortlaut sowohl die eine wie die andere Antwort erlaubt. Er ist also unklar und wiegt deshalb in einer Abwägung der Rechtsfindungselemente nicht allzu schwer; zudem lässt er das eine oder das andere Ergebnis zu, sodass beide keine Lückenfüllung sind (und also keine Lücke voraussetzen).

428 Man könnte geltend machen, dass angesichts des (Konsumenten-)Schutzzwecks von Art. 8 UWG nicht nur das Interesse des AGB-Verwenders an der Ausübung seiner Verhandlungsmacht, sondern auch die Rechtssicherheit zugunsten des AGB-Verwenders – wie muss er sich verhalten, um die AGB möglichst weitgehend durchsetzen zu können? – den Interessen des Konsumenten nachgehen. Völlig «aufgeben» darf man die Rechtssicherheit zugunsten des AGB-Verwenders deshalb aber auch nicht. Zudem dient Rechtssicherheit auch den Konsumenten, indem sie wissen, welche vereinbarte Rechtslage sie sich nicht entgegenhalten lassen müssen (und was sie entsprechend mit Erfolg prozessual durchsetzen könnten).

429 BGE 120 II 112 Erw. 3.c S. 117. Vgl. auch BGE 67 II 70 Erw. 2 S. 74, nach dem «in der Schweiz ... seit jeher eine einfache und praktische Rechtsauffassung vorgeherrscht hat», und zu diesem den Entscheid des Bundesgerichts vom 27. Juni 2002 im Verfahren 4P.94/2002.

430 UFFMANN, Reduktion, S. 157.

431 Angesichts des Ausgeführten wird man wohl nicht annehmen können, es liege ein «ganz klarer Wortlaut» vor (auf den es aber ohnehin nicht ankommt, vorn N 99 ff., und der zudem unter dem Vorbehalt «triftiger Gründe» steht, vorn N 127 ff.).

253 Die «Kombinationsformel» und der «Blue-Pencil-Test» können zudem wohl nicht ohne teleologische Überlegungen durchgeführt werden.⁴³² Ist das der Fall, ist man bereits bei der teleologischen Rechtsfindung angelangt; das impliziert gerade, dass die grammatikalische Auslegung eben kein (klares) Ergebnis hervorbringt. Im Rahmen einer teleologischen Rechtsfindung ist es aber mit *Artikel 1 Absatz 1 ZGB* – jedenfalls nach herkömmlicher Methodenlehre – wohl nicht zu vereinbaren, sich (noch) stärker durch den Wortlaut gebunden zu fühlen, als dies die Regeln über den «klaren Wortlaut» und über die Schranken der Auslegung (also über das Lücken-Erfordernis) fordern.

cc. Verhindern «sachgerechter» Ergebnisse

254 Nicht nur methodisch scheint die Annahme, die Frage nach dem Umfang der Unwirksamkeit (allein) aufgrund grammatikalischer Auslegung zu finden, fragwürdig. Sie ist auch im Ergebnis fragwürdig. Man könnte – namentlich aufgrund eines Präventionszwecks des *Artikels 8 UWG* – davon ausgehen, dass vertragliche Rechtsfolge der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen eine erweiterte Unwirksamkeit ist.⁴³³ Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass unter Annahme einer «Klausel-Grenze» der AGB-Verwender es in der Hand hat, statt einer Klausel, die seine Haftung vollständig ausschliesst, mehrere Klauseln in seine AGB aufzunehmen, nach denen seine Haftung für grobe Fahrlässigkeit, für leichte Fahrlässigkeit (und auch noch für mittlere Fahrlässigkeit, falls es eine solche gibt) ausgeschlossen sei, und weitere Klauseln, die seine Haftung (wiederum für die verschiedenen Verschuldensgrade) für seine Hilfspersonen ausschliessen. Soll die vertragliche Rechtsfolge der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen zur Bestrafung des AGB-Verwenders führen oder präventiv wirken, kann die Frage nach dem Umfang der Unwirksamkeit aber nicht von diesen Kriterien abhängen.⁴³⁴

255 Die obere Grenze für eine «qualitative Erweiterung» ist der Wegfall der ganzen allgemeinen Geschäftsbedingungen (wobei man sogar noch darüber hinaus die Rechtslage zulasten des AGB-Verwenders «verschlechtern» kann).

432 Vgl. SCHLOSSER, § 306 BGB N 20: «Nur so viel an Elementen eines Klauselwerks wird nicht Vertragsbestandteil bzw. ist unwirksam, wie nach dem Zweck der Norm notwendig ist, die die Klausel nicht Vertragsinhalt werden lässt. Dem ist auch so, wenn es darum geht, dass alle Klauselbestandteile aufrechterhalten bleiben, die einen gegenüber der unwirksamen Klausel selbständigen grammatikalischen Sinn haben, der seinerseits nicht beanstandenswert ist.» Vgl. auch vorn N 248.

433 Dazu aber hinten N 398 ff.

434 So vertritt denn SCHLOSSER, § 306 BGB N 20, eine «[s]trategische Aufspaltung von Texten wie «Haftungsausschluss bei leicht oder grob fahrlässigem Verhalten»». Nach RUSCH, *Salvatorische Klauseln*, S. 79, lässt das «alle Alarmglocken läuten».

Die Annahme, es sei immerhin (aber dann wohl auch nur) ein Teil unwirksam, verhindert – angenommen, eine erweiterte Unwirksamkeit ist vom Gesetz überhaupt vorgesehen⁴³⁵ – dann, dass diese Erweiterung so weit gehen kann, wie es beispielsweise der Schwere der Verletzung von Artikel 8 UWG (gemessen daran, wie weit das Zulässige überschritten wird) oder der Absicht des AGB-Verwenders entsprechen würde. Die Annahme der Unwirksamkeit eines «Teils» gebietet also nicht nur die Unwirksamkeit eines Minimums, sondern verhindert – nimmt man sie ernst – wohl auch eine über einen «Teil» hinausgehende Unwirksamkeit, was – unter der Annahme der Zulässigkeit einer erweiterten Unwirksamkeit – nicht sachgerecht scheint.

c. Ergebnis

Die Annahme, vertragliche Rechtsfolge der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen sei (schon) deshalb eine erweiterte Unwirksamkeit, weil Artikel 20 Absatz 2 OR die Unwirksamkeit von wenigstem einem «Teil» des Vertrages fordert, überzeugt nicht. Sie führt zu komplizierten Fragen, die sich aufgrund des Wortlauts nicht lösen lassen. Vielmehr ist bereits hier eine teleologische Betrachtung nötig, was nichts anderes bedeutet, als dass eben die grammatikalische Auslegung kein klares Ergebnis liefert. Und sie schränkt eine sachgerechte Rechtsfindung ein, denn sie ist nicht geeignet, um sachgerechte – namentlich am Schutzzweck der verletzten Norm orientierte – Ergebnisse hervorzubringen. 256

VI. Zwischenergebnis

Aus Artikel 19 OR ergibt sich nur sehr unklar eine Rechtsfolge. Artikel 20 Absatz 1 OR spricht eher für eine Geltung des Zulässigen, ist aber ebenfalls unklar; auch sein Absatz 2 ist unklar. Die grammatikalische und systematische Auslegung der Artikel 19 und 20 OR sind damit unklar, sprechen aber eher für eine Geltung des Zulässigen, auch wenn sie auch Hinweise auf die Möglichkeit einer erweiterten Unwirksamkeit enthalten. 257

VII. Befreiungsmöglichkeit (Artikel 20 Absatz 2 OR)

«Betrifft aber der Mangel bloss einzelne Teile des Vertrages, so sind nur diese nichtig, sobald nicht anzunehmen ist, dass er ohne den nichtigen Teil 258

⁴³⁵ Es wird sich allerdings zeigen, dass sie das eben nicht ist, vgl. zusammenfassend hinten N 692 ff.

überhaupt nicht geschlossen worden wäre.»⁴³⁶ Das Bundesgericht bezeichnete Artikel 20 Absatz 2 OR als «Schutzbestimmung zugunsten der Partei ..., die bei Teilnichtigkeit des Rechtsverhältnisses benachteiligt würde, daran im übrigen aber selber festhält».⁴³⁷

259 Nach Artikel 20 Absatz 2 OR könnte also der AGB-Verwender vorbringen, er hätte den Vertrag mit dem gerade noch Zulässigen nicht geschlossen, und erst recht nicht bei einer erweiterten Unwirksamkeit. Wie bereits ausgeführt lehnte das Bundesgericht das für Artikel 21 OR (Übervorteilung) mit Hinweis auf den Schutzzweck dieser Norm ab.⁴³⁸ Kramer geht davon aus, die Lösungsmöglichkeit des Artikels 20 Absatz 2 OR gelte auch, wo zwingendes Recht verletzt wurde oder wo «unwirksam abbedungenes dispositives Recht» namentlich «[a]n die Stelle der zu einseitigen AGB-Klausel tritt».⁴³⁹ Für allgemeine Geschäftsbedingungen geht er aber davon aus, dass diese Lösungsmöglichkeit nicht besteht.⁴⁴⁰ Nach Gauch/Schluep/Schmid «kann keine Partei einwenden, dass der Vertrag <ohne den nichtigen Teil>, also mit der gesetzlichen Ersatzregel, <überhaupt nicht geschlossen worden wäre> und deshalb ganz nichtig sei».⁴⁴¹ Das entspricht auch der übrigen Lehre.⁴⁴²

260 Wird dem AGB-Verwender verwehrt, mit Hinweis auf seinen hypothetischen Parteiwillen die Ganznichtigkeit des Vertrages geltend zu machen, besteht eine Situation, die dem Kontrahierungszwang ähnlich ist: Ein Privater ist an einen Vertrag gebunden, den er (so) nicht wollte. Man kann sich fragen, ob die dafür aufgestellten Regeln zu beachten sind.⁴⁴³ Eine systematische Rechtsfindung (und Artikel 8 BV) fordert, dass Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleichbehandelt wird; und beim einen wie beim anderen

436 Art. 20 Abs. 2 OR.

437 BGE 109 II 239 Erw. 3.b S. 244. Kritisch dazu HUGUENIN/MEISE, Art. 19/20 OR N 64, und schon HUGUENIN, Nichtigkeit, S. 41 ff., zu BGE 107 II 419 Erw. 3.a S. 423 («Es handelt sich [bei Art. 20 Abs. 2 OR] um eine Schutzvorschrift zugunsten der Partei, die bei Teilnichtigkeit des Vertrages benachteiligt würde»).

438 BGE 123 III 292 Erw. 3 S. 300, dazu vorn N 221 ff., insbesondere vorn N 225.

439 KRAMER, BeKomm, Art. 19-20 OR N 354 f.

440 KRAMER, BeKomm, Art. 19-20 OR N 378.

441 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 712a; vgl. auch GAUCH, Teilnichtigkeit, S. 100 (Ziff. 10.c).

442 ABEGG, S. 202 f.; HUGUENIN/MEISE, Art. 19/20 OR N 62 Abs. 2; HÜRLIMANN, N 280 (für dispositives) und N 287 (für zwingendes Recht); KUT, Art. 19-20 OR N 47; PETITPIERRE, Rz. 11 (S. 77); anders (ohne besonderen Bezug zu AGB) WEBER R., BeKomm, Art. 101 OR N 169 und Art. 100 OR N 158 ff., mit zahlreichen Hinweisen.

443 Zu diesen vgl. BGE 129 III 35 Erw. S. 42; kritisch dazu BUCHER, Kontrahierungspflicht, passim.

geht es um die Frage, unter welchen Voraussetzungen vertragsrechtliche⁴⁴⁴ Pflichten ent- und bestehen sollen, ohne dass diese gewollt waren.⁴⁴⁵

Beim Kontrahierungszwang geht es aber um Situationen, in denen zwischen den Parteien überhaupt keine vertragliche Beziehung bestand; bei der hier zu beurteilenden Frage nach der Bindung an einen (wenn auch teilweise unwirksam) geschlossenen Vertrag stehen die Parteien aber in einem Vertragsverhältnis. Die tatsächliche Situation ist damit eine andere.⁴⁴⁶ Dass diese tatsächlichen Unterschiede rechtserheblich sind, ergibt sich aus Artikel 2 Absatz 1 ZGB: Der Gesetzgeber verpflichtet den, der mit dem anderen einen Vertrag geschlossen hat, zu einem Verhalten nach Treu und Glauben, vom andern verlangt er nur die Beachtung der allgemeinen Verhaltenspflichten und Rücksicht auf die absolut geschützten Rechtsgüter der andern.⁴⁴⁷ Der Abschluss eines Vertrages führt also zu einer Pflicht *erhöhter* Rücksichtnahme.⁴⁴⁸ Wenn eine Partei, die sich im Grundsatz zu einem Vertrag «bekannte», an einen Vertrag gebunden bleibt, den sie (so) nicht geschlossen hat, liegt also kein Fall eines Kontrahierungszwangs vor. Es ist damit auch zulässig, die Voraussetzungen dafür anders (nämlich tiefer) anzusetzen als die, die zwischen beliebigen Privaten einen Kontrahierungszwang begründen würden.⁴⁴⁹

444 Ob es sich bei Pflichten, die sich aus einem Kontrahierungszwang ergeben, um vertragsrechtliche Pflichten oder gesetzliche Pflichten handelt – denn der durch sie Verpflichtete ist verpflichtet, sich so zu verhalten, als hätte er einen Vertrag geschlossen, obwohl er einen solchen gerade nicht geschlossen hat –, spielt jedenfalls hier keine Rolle. So oder anders sind es Pflichten, die üblicherweise mit einem Vertrag begründet werden (und die der Verpflichtete mit einem Vertrag hätte begründen können und – bei Vorliegen eines Kontrahierungszwangs – hätte begründen sollen).

445 Nach herrschender Lehre kommt es für das Entstehen vertraglicher Pflichten auf den Willen der Parteien an (WIEGAND, Art. 18 OR N 1). Anders HONSELL, Erklärungstheorie, S. 335 ff., insbesondere S. 340; ein Gebundensein entgegen Art. 20 Abs. 2 OR basiert aber weder auf einem übereinstimmenden Willen noch auf übereinstimmenden Willensäusserungen, sodass diese Frage hier keine Rolle spielt.

446 Das Bestehen eines Vertrages ist natürlich keine Tatsache. Tatsache ist aber, dass die Parteien «übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung(en)» abgaben, sich also zu einem bestimmten Verhalten verpflichteten und in der Gegenpartei bestimmte Erwartungen weckten.

447 Vgl. zu solchen Pflichten nur Art. 41 OR und BGE 129 III 35 Erw. 6.3 S. 45, in dem die Kontrahierungspflicht mit einem allgemeinen Verbot sittenwidrigen Verhaltens begründet wurde.

448 Zum Erfordernis eines Vertragsschlusses oder einer sonstigen «rechtlichen Sonderverbindung» bei Art. 2 Abs. 1 ZGB hinten N 350 ff.

449 Wie «tief» diese Voraussetzungen sind – ob namentlich der Abschluss eines teilweise unzulässigen Vertrages dafür genügt –, ist damit allerdings nicht gesagt. Immerhin ergibt sich aus Art. 8 UWG eine (gegenüber sonstigen Verträgen nochmal) erhöhte Pflicht zur Rücksichtnahme, dazu hinten N 359 ff.

- 262 Der AGB-Verwender kann sich also nicht auf Artikel 20 Absatz 2 OR berufen, um die Ganznichtigkeit des Vertrages zu fordern. Das ist erst recht der Fall, wenn Artikel 20 OR (und damit auch sein Absatz 2) für die Rechtsfolge von Verträgen, die gegen zwingende Bestimmungen des Vertragsrechts verstossen, gar nicht normativ zuständig ist (dazu sogleich).

VIII. Normative Zuständigkeit von Artikel 20 OR

1. Bedeutung

- 263 Die normative Zuständigkeit von Artikel 20 OR für die Frage nach der Rechtsfolge der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen ist aus mehreren Gründen von Bedeutung. *Erstens* für die Frage, ob die Rechtsfolge überhaupt (nach Absatz 1) «Nichtigkeit» ist. Nur dann ist nämlich zu untersuchen, was Nichtigkeit bedeutet.⁴⁵⁰ *Zweitens* wurde ausgeführt, dass die «Ersatzordnung» bei Abschluss eines unzulässigen Vertrages sich möglicherweise deshalb nach dem hypothetischen Parteiwillen richtet, weil Artikel 20 Absatz 2 OR diesen für relevant erachtet. Ist Artikel 20 OR aber nicht normativ zuständig für die Frage nach der Rechtsfolge der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen, kann sich aus ihm auch nicht die «Ersatzordnung» ergeben.⁴⁵¹ *Drittens* kann der AGB-Verwender nur aufgrund von Artikel 20 Absatz 2 OR Ganznichtigkeit des Vertrages fordern, wenn dieser überhaupt normativ zuständig ist.

2. Lehre und Rechtsprechung

- 264 Die wohl herrschende Lehre geht davon aus, dass die Verletzung aller Schranken der Vertragsfreiheit die Rechtsfolge der Nichtigkeit (Artikel 20 Absatz 1 OR) nach sich zieht. Damit wäre dieser auch normativ zuständig für die Frage nach der vertraglichen Rechtsfolge der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen.⁴⁵²

450 Dazu vorn N 200 ff. Nichtigkeit bedeutet am ehesten Geltung des Zulässigen. Aber auch die Annahme, dass Art. 20 OR nicht normativ zuständig sei, ändert am Ergebnis nichts, ergibt sich doch die Geltung des Zulässigen (auch) aus den sonstigen Rechtsfindungselementen (dazu zusammenfassend hinten N 692 ff.). *Dafür* ist die Frage nach der normativen Zuständigkeit von Art. 20 OR deshalb ohne Bedeutung. Zudem ist die Wertung, die sich aus Art. 20 Abs. 1 OR ergibt – und die eher für Geltung des Zulässigen spricht –, auch dann zu berücksichtigen, wenn er nicht normativ zuständig ist.

451 Zum Ganzen vorn N 206 ff., insbesondere vorn N 230 ff.

452 Im Zusammenhang mit der Frage, ob Verträge, die gegen Art. 8 UWG verstossen, nur anfechtbar oder unwirksam ex lege sind (vorn N 7 ff., zusammenfassend vorn N 163 f.), wurde das Ergebnis – Unwirksamkeit ex lege – unter anderem mit der Ähnlichkeit zu Art. 20 OR begründet. Damit ist aber nicht notwendigerweise gesagt, dass sich dieses Ergebnis unmittelbar aus Art. 20 OR ergibt (also daraus, dass dieser normativ zuständig ist); denkbar ist auch eine bloss analoge Anwendung.

Nach Gauch/Schluep/Schmid kann sich die «Widerrechtlichkeit», die Artikel 20 Absatz 1 OR als Tatbestandsmerkmal hat, aus einer «objektive[n] Norm des schweizerischen Rechts»,⁴⁵³ aus unabänderlichen Vorschriften des Privatrechts (Artikel 19 Absatz 2 OR)⁴⁵⁴ oder aus einer Vorschrift des öffentlichen Rechts ergeben.⁴⁵⁵ Alle diese Fälle führen zur Nichtigkeit des Vertrages.⁴⁵⁶

Kramer fasst die Verletzungen der Artikel 19 Absatz 2 und 20 Absatz 1 OR als «vertragliche[n] Gesetzesverstoss» zusammen, namentlich fallen – anders als nach § 134 BGB – auch Verstösse gegen «zwingende, die Dispositionsfreiheit einschränkende privatrechtliche Normierungen» darunter.⁴⁵⁷ Diese Verträge sind nichtig im Sinne des Artikels 20 Absatz 1 OR.⁴⁵⁸

Für Huguenin/Meise ist jedenfalls das Kriterium der «öffentlichen Ordnung» (Artikel 19 Absatz 2 OR) ein Teil der Widerrechtlichkeit (Artikel 20 Absatz 1 OR).⁴⁵⁹ Damit gehen auch sie davon aus, dass alle Verletzungen der Schranken der Vertragsfreiheit von Artikel 20 OR erfasst werden.

Davon geht auch das Bundesgericht aus.⁴⁶⁰

Dann wäre Artikel 19 Absatz 2 OR eine unvollständige Norm, da sie keine Rechtsfolge für den von ihr aufgestellten Tatbestand vorsieht.⁴⁶¹ Artikel 20 Absatz 1 OR wäre dann gleichzeitig die «Vervollständigung» von Artikel 19 Absatz 2 OR (also die von ihm verwiesene Norm), enthielte nämlich die Rechtsfolge für den Tatbestand von Artikel 19 Absatz 2 OR.⁴⁶² Gleichzeitig wäre Artikel 20 Absatz 1 OR für die von ihm selber aufgestellten Schranken eine

453 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 638 ff.

454 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 645 ff.

455 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 647 ff.

456 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 681. Es wird jedenfalls nirgends zwischen den Schranken differenziert. Vgl. allerdings in Fn. 335 den Hinweis, dass Nichtigkeit im Fall der Verletzung einer Norm des öffentlichen Rechts nur die Rechtsfolge ist, wenn dies dem Sinn und Zweck der verletzten Norm entspricht. (Vgl. dazu wiederum BGE 134 III 52 Erw. 1.1 S. 54, der diesen Vorbehalt aber nicht auf Verletzungen von Normen des öffentlichen Rechts beschränkt.)

457 KRAMER, BeKomm, Art. 19-20 OR N 132 ff., insbesondere N 135.

458 KRAMER, BeKomm, Art. 19-20 OR N 308.

459 HUGUENIN/MEISE, Art. 19/20 OR N 13. Vgl. auch HÜRLIMANN, N 116, 124 ff.

460 Nicht anders kann BGE 114 II 279 (Erw. 2. a S. 280 f.) verstanden werden, in dem das Bundesgericht zuerst sogar davon ausgeht, dass sich die Schranken der Vertragsfreiheit allein aus Art. 19 Abs. 2 OR ergeben (dazu hinten N 273 ff.) – «Pour déterminer si un contrat présente un caractère illicite, il faut se référer à l'ensemble de l'ordre juridique suisse, qu'il s'agisse des dispositions impératives de droit privé ou des règles d'ordre public (art. 19 al. 2 CO)» –, und dann ausführt, «[L]e contrat est nul en vertu de l'art. 20 al. 1 CO si son contenu est illicite», also zunächst prüft, ob eine Widerrechtlichkeit nach Art. 19 Abs. 2 OR vorliegt, die dann die Rechtsfolge des Art. 20 Abs. 1 OR nach sich zieht.

461 Vgl. KARPEN, S. 22 f., und (im Zusammenhang mit Art. 8 und 9 UWG) vorn N 9.

462 Vgl. KUT, Art. 19-20 OR N 7.

vollständige Norm. Dabei würden sich die Schranken der Vertragsfreiheit, die Artikel 19 Absatz 2 OR aufstellt, und die, die Artikel 20 Absatz 1 OR aufstellt, überschneiden, allerdings auch dies nur teilweise.⁴⁶³ Aus systematischer Sicht ist aber nicht anzunehmen, dass der Gesetzgeber durch zwei verschiedene Normen das Gleiche regelt, und dies dann nur teilweise. Und wenn der Wortlaut des Gesetzes eine Auslegung erlaubt, die nicht zu solchen Ergebnissen führt, und die Entstehungsgeschichte sogar eine solche Auslegung nahelegt,⁴⁶⁴ ist eine solche vorzuziehen. Das umso mehr, als im Ergebnis ohnehin angenommen wird, dass sich die Rechtsfolge der Verletzung zwingender Vorschriften des besonderen Vertragsrechts nicht einfach aus Artikel 20 Absatz 1 OR ergibt; namentlich könne keine Partei nach Artikel 20 Absatz 2 OR Ganznichtigkeit verlangen.⁴⁶⁵

270 Ein Teil der Lehre geht denn auch davon aus, dass Artikel 20 Absatz 1 OR nicht die Verletzung aller Schranken der Vertragsfreiheit regelt.⁴⁶⁶ Es fragt sich dann aber, welche Schranken nicht von Artikel 20 Absatz 1 OR erfasst sein sollen.

271 Abegg geht davon aus, dass die Verletzung zwingenden Vertragsrechts nicht die Rechtsfolge der Nichtigkeit nach sich zieht.⁴⁶⁷ Nach Giger sind von Artikel 20 Absatz 1 OR «nur Verträge betroffen, die mit eigentlichen Verbotsnormen kollidieren», wobei «[s]olche Verbotsnormen vorab im öffentlichen

463 Vgl. KRAMER, Art. 19–20 OR N 4: «Ein wenig verwirrend ist ... der Umstand, dass Art. 20 I, der die Sanktion bei Verstössen gegen die Grenzen der Inhaltsfreiheit nennt (Nichtigkeit), sich noch einmal auf schon in Art. 19 II angesprochene Kriterien bezieht, durch die diese Grenzen bestimmt werden, und dabei noch dazu Termini verwendet, die sich nicht durchwegs mit den in Art. 19 II verwendeten decken.» Vgl. auch HUGUENIN/MEISE, Art. 19/20 OR N 13: «Die einzelnen Schranken sollen vorliegend gemäss der gesetzlichen Ordnung von Art. 19 und 20 in der Reihenfolge Rechtswidrigkeit, öffentliche Ordnung, Sittenwidrigkeit, Persönlichkeitsrechtswidrigkeit und Unmöglichkeit kommentiert werden (...). Die fünf Kriterien lassen sich zu dreien zusammenfassen, wenn man das Kriterium der «öffentlichen Ordnung» der Widerrechtlichkeit und das Kriterium des «Rechts der Persönlichkeit» der Sittenwidrigkeit zuordnet (...). Nach dieser Systematisierung darf der Vertrag weder einen widerrechtlichen noch einen sittenwidrigen Inhalt haben und die vereinbarten Leistungen dürfen nicht objektiv unmöglich sein (...).»

464 Ob das der Fall ist, ist hier zu prüfen.

465 Dazu vorn N 258 ff.

466 ABEGG, S. 193 und S. 326 f.; BUCHER, OR AT, S. 241 (für Art. 27 ZGB); GIGER, Rechtsfolgen, S. 81, und GIGER, Konsumkredit, Teil II N 680 (aber immerhin N 682 f.). Ablehnend HÜRLIMANN, N 128 ff.

467 ABEGG, S. 198: «Weicht eine Eigennorm von einer zwingenden Inhaltsnorm oder von den in [Art. 19] Abs. 2 genannten Generalklauseln ab, ist sie «unzulässig» und kann von Beginn weg keinerlei Wirkung auf den Vertragsinhalt entfalten. ... Einer zusätzlichen Nichtigkeitserklärung der abweichenden Eigennorm nach Art. 20 Abs. 1 OR bedarf es hier jedoch nicht.»

Recht (Verwaltungs- und Strafrecht) zu finden [sind]». ⁴⁶⁸ «Widerrechtlichkeit» gemäss Art. 20 Abs. 1 OR bedeutet ... Verbotswidrigkeit: Als «widerrechtlich» im Sinne letztgenannter Vorschrift gelten mithin Parteiabreden, die Verboten widersprechen, nicht aber solche, die lediglich zwingende Vertragsinhaltsbestimmungen missachten.» ⁴⁶⁹ Ähnlich Bucher: «Im Gegensatz zu den Normen, deren Verletzung Widerrechtlichkeit konstituiert, stehen die zwingenden Normen des Privatrechts, deren Nichtbeachtung eine vertragliche Abmachung nicht widerrechtlich im Sinne von OR 20 macht: Es wird nicht der ganze Vertrag oder die gegen zwingende Norm verstossende Klausel ungültig, sondern die zwingende gesetzliche Regel tritt anstelle der privaten Abmachung unter Aufrechterhaltung des Geschäftes.» ⁴⁷⁰

Diese kurze Übersicht hat gezeigt, dass die Frage, ob alle Verletzungen der Schranken der Vertragsfreiheit von Artikel 20 Absatz 1 OR erfasst werden, eng mit einer anderen Frage zusammenhängt: nämlich mit der Frage, welche Schranken der Vertragsfreiheit von den Artikeln 19 Absatz 2 und 20 Absatz 1 OR aufgestellt werden. Denkbar ist wie ausgeführt die Annahme, dass die Verletzung gewisser Schranken der Vertragsfreiheit nicht von Artikel 20 OR erfasst ist. Das hätte zur Folge, dass diese Verletzungen nicht notwendigerweise die Rechtsfolge der Nichtigkeit nach sich ziehen; dass die «Ersatzordnung» nicht notwendigerweise vom «hypothetischen Parteiwillen», den Absatz 2 erwähnt, bestimmt wird ⁴⁷¹ und dass die Weitergeltung des Vertrages nicht vom hypothetischen Parteiwillen abhängt. ⁴⁷² Das setzt aber voraus, dass diese Schranken voneinander unterschieden werden können (und eine solche Unterscheidung mit dem Gesetz vereinbar ist, sie also zunächst einmal mit dem Wortlaut und der Systematik der Artikel 19 und 20 OR vereinbar ist). ⁴⁷³ Das ist im Folgenden zu prüfen.

468 GIGER, Rechtsfolgen, S. 85, bei und in Fn. 266.

469 GIGER, Rechtsfolgen, S. 85 (Herv. wegg.).

470 BUCHER, OR AT, S. 251; vgl. auch S. 245 Fn. 33. Kritisch zu diesem HÜRLIMANN, N 128 Fn. 108, der annimmt, diese «durch das jüngere deutsche Schrifttum beeinflusst[e]» Meinung sei mit der Formulierung der Art. 19 und 20 OR nicht vereinbar (N 130). Zur deutschen Lehre vgl. nur ARMBRÜSTER, § 134 BGB N 5.

471 Dazu vorn N 230 ff.

472 Dazu vorn N 258 ff.

473 Immerhin kann das vollständig ausgelegte Gesetz auch Differenzierungen enthalten, ohne dass sie sich aus seinem Wortlaut (klar) ergeben. Im Folgenden ist aber nur einmal zu untersuchen, wie und ob sich eine Differenzierung zwischen den Schranken der Vertragsfreiheit – die dann eine unterschiedliche «Zuordnung» zu den Art. 19 Abs. 2 oder 20 Abs. 1 OR und damit allenfalls unterschiedliche Rechtsfolgen erlauben würde – mit Wortlaut und Systematik des Gesetzes verträgt.

3. Voraussetzung: Trennung der Schranken

273 Bereits erwähnt wurden Gauch/Schluep/Schmid, die keine Unterscheidung zwischen den Schranken der Artikel 19 Absatz 2 und 20 Absatz 1 OR vornehmen,⁴⁷⁴ und Kramer.⁴⁷⁵ Giger hingegen nimmt an, dass die Schranken zu unterscheiden sind,⁴⁷⁶ ebenso Abegg.⁴⁷⁷

274 Eine Unterscheidung der Schranken der Vertragsfreiheit, die Artikel 19 Absatz 2 OR einerseits und Artikel 20 Absatz 1 OR andererseits aufstellen, kann sich schon aus dem Wortlaut des Artikels 19 Absatz 2 OR ergeben. Er stellt die Voraussetzungen dafür auf, dass «[v]on den gesetzlichen Vorschriften abweichende Vereinbarungen ... zulässig [sind]». Dies ist nämlich der Fall, «wo das Gesetz nicht eine unabänderliche Vorschrift aufstellt» oder wo «die Abweichung [von den gesetzlichen Vorschriften] nicht einen Verstoß gegen die öffentliche Ordnung, gegen die guten Sitten oder gegen das Recht der Persönlichkeit in sich schliesst». Die «gesetzlichen Vorschriften» kann man verstehen als Vorschriften des Privatrechts, des Verwaltungsrechts und des Strafrechts. Man kann sie aber auch verstehen allein als Vorschriften des Privatrechts oder sogar allein des Vertragsrechts.⁴⁷⁸ Dann bestimmt Artikel 19 Absatz 2 OR (nur noch), wann «gesetzliche Vorschriften» –

474 Vorn N 265. Sie führen jedenfalls nicht aus, wie sich die von ihnen in den N 638 ff. erwähnten Schranken von den in den N 645 ff. erwähnten unterscheiden. Sie erwähnen zum Beispiel in N 641 den «unerlaubte[n] Verkauf von Betäubungsmitteln», in N 648 das Strafrecht, wobei das erste ein Fall des zweiten ist. Es geht ihnen also nicht um verschiedene Quellen der Widerrechtlichkeit, sondern einerseits um die «Arten» ihrer Verletzung («das Vereinfarte», der «Abschluss» und der «mittelbare Vertragszweck») einerseits, die Quellen der Widerrechtlichkeit andererseits. Diese Unterscheidung auch bei HÜRLIMANN, N 103 ff. einerseits, N 123 ff. andererseits. Geht man davon aus, dass alle Verletzungen der Schranken der Vertragsfreiheit Fälle des Art. 20 Abs. 1 OR sind, ist eine Unterscheidung auch gar nicht nötig.

475 Vorn N 266.

476 Vorn N 271.

477 Vorn N 271.

478 Soll die «öffentliche Ordnung», die Art. 19 Abs. 2 OR erwähnt, in den «Vorschrift[en] des öffentlichen Rechts» bestehen (so GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 648), hält Art. 19 Abs. 2 OR fest, dass «von den gesetzlichen Vorschriften abweichende Vereinbarungen nur zulässig sind, wo Abweichungen von den Vorschriften des öffentlichen Rechts zulässig sind». Das ist aber tautologisch und damit wäre Art. 19 Abs. 2 OR (oder jedenfalls sein zweiter Teilgehalt «nicht einen Verstoß ...») ohne normative Bedeutung. Es ist aber nicht anzunehmen, dass der Gesetzgeber Normen ohne normativen Gehalt erlässt (dazu vorn N 58). Geht man hingegen mit KRAMER (BeKomm, Art. 19-20 OR N 154) davon aus, dass «die öffentliche Ordnung ... in den guten Sitten aufgeht», zählt Art. 19 Abs. 2 OR zwei Schranken auf, die das gleiche heissen. Damit wäre das eine oder das andere ohne normativen Gehalt, was eben nicht anzunehmen ist.

dann eben verstanden als die Normen des (besonderen) Vertragsrechts – zwingend sind.⁴⁷⁹

Diese Annahme würde dem Artikel 19 Absatz 2 OR entsprechen, wie er vom Bundesrat vorgeschlagen wurde: 275

Artikel 1035 Absatz 2 des ENTWURFS OR 1905 lautete unter der Marginalie «1. Abweichung von den Gesetzesbestimmungen»: «Das Gesetz ist nur da als unabänderliche Vorschrift anzunehmen, wo es diese Geltung selbst beansprucht oder wo eine Abweichung vom Gesetz gegen die öffentliche Ordnung, gegen die guten Sitten oder gegen den der Persönlichkeit gewährten Schutz (28) verstossen würde.» 276

Der Bundesrat führte dazu aus: «Der Inhalt der Verträge gibt aber auch noch nach anderen Richtungen zu Zweifeln Anlass, die von der Gesetzgebung nicht wohl ignoriert werden dürfen, und zwar um so weniger, als in den Gesetzen der benachbarten Staaten die betreffenden Fragen beantwortet sind. Wir rechnen hierzu namentlich folgende Momente: a. Inwieweit sind die Vorschriften des Obligationenrechtes bezüglich des Inhaltes der Verträge von absoluter oder nur dispositiver Bedeutung? Man darf hierauf antworten, dass die Abänderlichkeit die Regel bildet, also nur in bestimmt formulierter Ausnahme dem Gesetze eine absolute Geltung beigelegt wird. In diesem Sinne hat Art. 1035 eine Bestimmung aufgenommen.»⁴⁸⁰ Die «Vorschriften des Obligationenrechtes bezüglich des Inhaltes der Verträge» sind also die «gesetzlichen Bestimmungen» des heutigen Artikels 19 Absatz 2 OR, also besondere Bestimmungen des Vertragsrechts, die zwingend oder dispositiv sein können. 277

Artikel 1035 Absatz 2 des ENTWURFS OR 1909 lautete unter der Marginalie «1. Bestimmung des Inhaltes»: «Das Gesetz gilt in allen Fällen als unabänderliche Vorschrift, wo es diese Geltung selbst beansprucht, oder wo eine 278

479 Kritisch zu dieser Annahme ausdrücklich GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 647. Nach ihnen «will diese (in Art. 19 Abs. 2 verwendete) Formel gerade nicht den zwingenden Charakter der Rechtssätze umschreiben, sondern lediglich festhalten, dass eine vom dispositiven Recht (...) abweichende Abrede (...) nur zulässig ist, wenn sie keinen solchen Verstoß in sich schliesst». Dass «eine vom dispositiven Recht abweichende Abrede» nicht zulässig ist, heisst aber gerade, dass dieses «Recht» – das dann nicht mehr dispositives Recht ist – einen «zwingenden Charakter» hat (was es eben dann hat, wenn eine «abweichende Abrede» einen «solchen Verstoß in sich schliesst»).

480 BOTSCHAFT OR 1905, S. 13. Der französische Entwurf des Bundesrates zu Art. 1035 OR lautete allerdings: «L'objet d'un contrat peut être librement déterminé dans les limites fixées par la loi. Celle-ci n'exclut les conventions des parties que lorsqu'elle édicte une règle de droit strict, ou lorsqu'un dérogation à son texte serait contraire à l'ordre public, aux bonnes mœurs ou aux mesures protectrices de la capacité civile (28)» (Feuille fédérale 1905 II, S. 1 ff., S. 72). Das spricht weniger klar dafür, dass der heutige Art. 19 Abs. 2 OR nur bestimmen sollte, wann Normen des besonderen Vertragsrechts zwingend sind. Die Ausführungen des Bundesrates dazu entsprechen wiederum den deutschen (Feuille fédérale 1905 II, S. 1 ff., S. 11).

Abweichung gegen die öffentliche Ordnung, gegen die guten Sitten oder gegen das Recht der Persönlichkeit (27) verstossen würde.»⁴⁸¹

279 In den Beratungen wurde der Artikel 1035 OR nicht erwähnt (und auch nicht abgeändert). Dennoch wurde er in der heute geltenden Fassung erlassen.⁴⁸² Über die Änderung des Wortlauts ergibt sich aus den Materialien nichts. Den Wortlaut änderte die Redaktionskommission.⁴⁸³ Änderte die Redaktionskommission den Wortlaut einer Bestimmung, ist anzunehmen, dass damit keine materielle Änderung beabsichtigt war.⁴⁸⁴

280 Die ältere Lehre ging teilweise entsprechend davon aus, dass Artikel 19 Absatz 2 OR bestimmt, wann Normen des besonderen Vertragsrechts zwingend sind:⁴⁸⁵

281 «Als Schranke der Vertragsfreiheit nennt Art. 19 II in erster Linie unabänderliche Vorschriften des Gesetzes. Solche Vorschriften nennt man zwingendes Recht, *ius cogens*. Sie sind im Obligationenrecht die Ausnahmen, da in diesem Teil des Privatrechts die Mehrzahl der Rechtssätze nachgiebiges Recht ist, welches nur dann zur Anwendung kommt, wenn keine oder keine unzweideutige Bestimmung durch die Parteien getroffen ist. Bisweilen bezeichnet das Gesetz einen Rechtssatz ausdrücklich als zwingend, indem es ihn für unabänderlich erklärt oder abändernde Vereinbarungen untersagt. Aber diese Kennzeichnung der zwingenden Rechtssätze ist im OR nicht streng durchgeführt und auch nicht durch einen festen Sprachgebrauch des Gesetzes angedeutet. Statt dessen bestimmt Art. 19 II, dass ein Rechtssatz nicht nur

481 Im BERICHT OR 1909 wurde dazu nichts ausgeführt.

482 Vgl. nur Bundesblatt 1911 II, S. 355 ff., S. 360.

483 OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 19 OR N 1. Aus dem BERICHT REDAKTIONSKOMMISSION OR ergibt sich dazu allerdings nichts.

484 Vgl. dazu BGE 143 III 600 Erw. 2.7.2 S. 609 f. Dort wurde allerdings nur der französische Wortlaut durch die Redaktionskommission so geändert, dass er mit dem Entwurf des Bundesrates (in allen Amtssprachen) und dem Wortlaut dessen, was auf Deutsch und Italienisch als Gesetz erlassen wurde, nicht (mehr) übereinstimmte. Zur dort zitierten Bestimmung über die Kompetenzen der Redaktionskommission vgl. heute Art. 57 Abs. 3 Satz 1 ParlG, nach dem «[d]er Redaktionskommission ... keine materiellen Änderungen zu [stehen]». Stehen der Redaktionskommission keine materiellen Änderungen zu, kann man in verfassungskonformer Auslegung (oder in «ParlG-konformer Auslegung») annehmen, dass solche auch nicht beabsichtigt waren. Vgl. aber wiederum BGE 103 Ia 288 Erw. 2.c S. 291: «Die Entstehungsgeschichte der Bestimmung liegt im weiteren bereits über 65 Jahre zurück [hier sogar noch länger], so dass sie auch aus diesem Grund kaum mehr beachtlich ist.» Und nach BGE 144 III 100 Erw. 5.2 S. 103 (Herv. hinz.) seien «[i]nsbesondere bei *jüngeren* Gesetzen ... auch die Gesetzesmaterialien zu beachten»; ob das *auch* für *ältere* Gesetze gilt, wird nicht gesagt.

485 Vgl. auch die Hinweise bei ERNST, Vertragsordnung, S. 29 f. Er weist auf den Wortlaut des Entwurfs hin, äussert sich aber nicht zur Frage, wieso dieser nicht Gesetz geworden ist oder was das für seine Auslegung bedeute.

zwingendes Recht sein soll, wenn das Gesetz eine Vorschrift aufgestellt, die (nach ihrem Wortlaut oder Sinn) unabänderlich ist, sondern auch, wenn eine abweichende Vereinbarung einen Verstoss gegen die öffentliche Ordnung, gegen die guten Sitten oder gegen das Recht der Persönlichkeit in sich schliesst. Zur öffentlichen Ordnung sind hier, wie in Art. 2 des Schlusstitels zum ZGB, die privatrechtlichen Normen zu zählen, an deren Bestand die Allgemeinheit (Staat und Gesellschaft) ein erhebliches Interesse hat. Solche Rechtssätze finden sich vorwiegend im Familien- und Sachenrecht, zum Teil auch im Erbrecht, während das Obligationenrecht grundsätzlich das Interesse der beteiligten Personen betrifft und nicht zur öffentlichen Ordnung gehört.»⁴⁸⁶

Und Keller/Schöbi führen aus: «Zwingendes Vertragsrecht bildet die Ausnahme. Das Vertragsrecht besteht zur Hauptsache aus [sogenannten] nachgiebigen Normen, [das heisst] Bestimmungen, die nur dann anzuwenden sind, wenn die Parteien eine bestimmte Frage nicht geregelt haben. Nachgiebige Normen lassen also der vertraglichen Abmachung den Vortritt, weshalb man auch von [sogenannten] subsidiären oder dispositiven Normen spricht. Die Verletzung solcher Normen führt nicht zur Widerrechtlichkeit. Widerrechtlich ist hingegen die Vereinbarung, die gegen zwingende Bestimmungen des Vertragsrechts verstösst. ... Ob eine Norm des Vertragsrechts zwingend ist, ergibt sich nur ausnahmsweise aus dem Gesetz selbst (vgl. z.B. Art. 361 f. OR). Rechtsgrundlage für den zwingenden Charakter einer Norm bildet daher regelmässig Art. 19 II OR. Danach ist, abgesehen von den Fällen, in denen das Gesetz selber die Norm als unabänderlich bezeichnet, ein Rechtssatz zwingendes Recht, wenn eine vom Gesetz abweichende Vereinbarung einen Verstoss gegen die öffentliche Ordnung, gegen die guten Sitten oder gegen das Recht der Persönlichkeit in sich schliesst.»⁴⁸⁷

4. Ergebnis

Die Annahme, Artikel 19 Absatz 2 OR bestimme allein, wann Normen des besonderen Vertragsrechts zwingend sind, lässt sich mit dessen Wortlaut

486 VON TUHR/PETER, S. 249 f. (§ 31.II) (Herv. wegg.). Dass sie daraus ableiten, dass Verstösse nicht zur Nichtigkeit nach Art. 20 Abs. 1 OR führen, kann man den Ausführungen auf S. 251 (Herv. wegg.) entnehmen, wo sie den Fällen von Art. 19 Abs. 2 OR «Verträge, die einen widerrechtlichen Inhalt haben [und] nach Art. 20 I nichtig sind», gegenüberstellen.

487 KELLER/SCHÖBI, S. 142 f. (Herv. wegg.). Dass sie annehmen, auch die Verletzung der von Art. 19 Abs. 2 OR aufgestellten Schranken der Vertragsfreiheit führe zur Nichtigkeit, ergibt sich aus dem Zitierten, wo sie annehmen, die Verletzung führe zur Widerrechtlichkeit, was zur Nichtigkeit des Vertrages führe (S. 146). (Dass Rechtsfolge die Nichtigkeit ist, wenn man annimmt, dass die Verletzung von Art. 19 Abs. 2 OR zur Widerrechtlichkeit führt, ergibt sich aus dem Wortlaut von Art. 20 Abs. 1 OR. Dass man das annimmt, ist aber nicht zwingend [vgl. die vorn, N 271, zitierten Abegg und Giger].)

vereinbaren und entspricht seiner Entstehungsgeschichte; die Annahme vermeidet systematische Unstimmigkeiten. Allein daraus, dass die Artikel 19 Absatz 2 und 20 Absatz 1 OR unterschiedliche Schranken der Vertragsfreiheit aufstellen oder zumindest festhalten,⁴⁸⁸ ergibt sich allerdings nicht zwingend, dass die Verletzung dieser Schranken nicht die gleichen Rechtsfolgen – eben Nichtigkeit nach Artikel 20 Absatz 1 unter Rücksicht auf den hypothetischen Parteiwillen nach Absatz 2 OR – nach sich zieht. So geht denn wie erwähnt auch ein Teil der Lehre zwar davon aus, dass Artikel 19 Absatz 2 OR nur bestimmt, wann Normen des besonderen Vertragsrechts zwingend sind, aber gleichzeitig, dass auch deren Verletzung zur Nichtigkeit nach Artikel 20 Absatz 1 OR führt. Allerdings muss man wohl auch hier annehmen, dass der Gesetzgeber nicht für manche Schranken der Vertragsfreiheit – die in Artikel 20 Absatz 1 OR aufgestellten – eine vollständige Norm aufstellt, für andere Schranken – die in Artikel 19 Absatz 2 OR aufgestellten – aber eine unvollständige, deren Rechtsfolge sich erst aus Artikel 20 Absatz 1 OR ergibt. Näher liegt die Annahme, dass es sich bei beiden Normen um vollständige Normen handelt, wobei sich bei Artikel 19 Absatz 2 OR die Rechtsfolge jeweils aus der verletzten Norm ergibt; also im Normalfall einfach Geltung dessen, was diese Norm vorsieht – mithin Geltung des Zulässigen –; und wo diese Norm (namentlich nach ihrem Zweck) etwas anderes vorsieht, dieses.⁴⁸⁹

§ 11 Gesetzliche Grundlage

I. Notwendigkeit einer gesetzlichen Grundlage

284 «Zur systematischen Auslegung gehört auch der Einfluss der Verfassung als höherrangiger Norm auf die Rechtsanwendung. Wann immer der materielle

488 Ob die Schranken der Vertragsfreiheit, nach denen z.B. der Verkauf von Betäubungsmitteln verboten ist, sich aus Art. 20 Abs. 1 OR oder aus dem BetmG ergeben, spielt hier keine Rolle.

489 Dass auch bei Art. 20 Abs. 1 OR ein abweichender «Sinn und Zweck» der verletzten Norm vorgeht, ändert nichts daran, dass die Art. 19 Abs. 2 und 20 Abs. 1 OR sich grundsätzlich unterscheiden. Sondern dies ist einfach Folge davon, dass jede Norm (und damit auch Art. 20 Abs. 1 OR) (auch) systematisch und teleologisch auszulegen ist, was (im Sinne des Vorrangs einer *lex specialis*) auch heissen kann, dass die verletzte Norm etwas anderes verlangt als die von Art. 20 Abs. 1 OR vorgesehene Nichtigkeit (im Sinne von Geltung des Zulässigen). Ist der Anwendungsbereich von Art. 20 Abs. 1 OR aber namentlich auf Normen des Strafrechts beschränkt, erfasst er kaum mehr Fälle von Normen, die Prävention durch Zivilrecht fordern (sondern als strafrechtliche Normen eben Prävention durch Strafrecht verfolgen); zudem dürfte es sich nur in Ausnahmefällen um Normen handeln, die einen Vertrag wegen des Masses unzulässig machen, sodass zumindest eine «quantitative Erweiterung» regelmässig ausscheiden dürfte.

Inhalt der Verfassung als Auslegungsmassstab verwendet wird, ist in einem weiten Sinn von verfassungskonformer Auslegung die Rede.»⁴⁹⁰

In BGE 143 III 600 hatte das Bundesgericht die Frage zu entscheiden, ob Artikel 12 litera e BGFA ein «*pactum de palmario*»⁴⁹¹ verbietet.⁴⁹² Artikel 12 litera e BGFA lautet, soweit einschlägig: «[Anwälte] dürfen vor Beendigung eines Rechtsstreits mit ... dem Klienten keine Vereinbarung über die Beteiligung am Prozessgewinn als Ersatz für das Honorar abschliessen.» Der deutsche Wortlaut verbietet nur den «Ersatz für das Honorar», also eher nur das *pactum de quota litis*, anders als der französische, aber gleich wie der italienische.⁴⁹³ Die Botschaft erwähnt lediglich ein Verbot des *pactum de quota litis*.⁴⁹⁴ Das Bundesgericht führte schliesslich aus: «Sind ... mehrere Auslegungen möglich und führen weder der Wortlaut von Art. 12 lit. e BGFA noch dessen Sinn zu einem eindeutigen Ergebnis, ist aus den verschiedenen möglichen Auslegungen jene zu wählen, die der Verfassung am besten entspricht (...). Eine Beschränkung oder ein Verbot von Erfolgshonoraren greift in die von Art. 27 BV gewährleistete Wirtschaftsfreiheit ein und muss daher den Anforderungen von Art. 36 BV genügen.»⁴⁹⁵

Die «Anforderungen von Art. 36 BV» gelten also auch für Normen, die die Vertragsbeziehungen zwischen den Privaten regeln.⁴⁹⁶ Zu diesen Anforderungen gehört das Erfordernis einer (ausreichend bestimmten) gesetzlichen Grundlage.⁴⁹⁷

490 EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 ZGB N 260.

491 BGE 143 III 600 Erw. 2.4 S. 603: «Die Parteien haben ... einen Stundenansatz von Fr. 700.– und eine Erfolgsbeteiligung des [Rechtsanwalts] von 6% vereinbart. Die Vorinstanz hat diese Vereinbarung zu Recht als sog. *pactum de palmario* qualifiziert, mit welchem das (in jedem Fall geschuldete) Honorar bei erfolgreicher Mandatsführung erhöht wird.» Das *pactum de palmario* ist zu unterscheiden vom «*pactum de quota litis*, wonach das (gesamte) Honorar in einem Anteil am allfälligen Prozessgewinn besteht» (Erw. 2.5 S. 603).

492 BGE 143 III 600 Erw. 2.4 S. 603: «Es stellt sich ... die Frage, ob ein solches *pactum de palmario* gegen Art. 12 lit. e BGFA verstösst.» Vgl. auch den Entscheid des Bundesgerichts vom 26. Juli 2018 im Verfahren 4A_125/2018.

493 BGE 143 III 600 Erw. 2.7.1 S. 608 f. Dazu, dass die französische Formulierung hier ohne Bedeutung ist, allerdings Erw. 2.7.2 S. 609 f.

494 BGE 143 III 600 Erw. 2.7.3 S. 610.

495 BGE 143 III 600 Erw. 2.7.5 S. 613.

496 Art. 12 lit. e BGFA ist allerdings primär eine aufsichtsrechtliche Norm, und zwar wiederum auf der Grundlage einer Regel über den Binnenmarkt (vgl. den Verweis im Ingress des BGFA auf Art. 95 BV). Zumindest aufgrund von Art. 20 OR hat sie aber auch vertragsrechtliche Bedeutung (dazu BGE 143 III 600 Erw. 2.8 S. 215).

497 «Einschränkungen von Grundrechten bedürfen einer gesetzlichen Grundlage» (Art. 36 Abs. 1 Satz 1 BV). Das Bundesgericht erwähnt im zitierten Entscheid allerdings nur das Erfordernis der Verhältnismässigkeit (BGE 143 III 600 Erw. 2.7.5 S. 613). Vgl. hingegen

II. Vorliegen einer gesetzlichen Grundlage

287 Es stellt sich also die Frage, ob die Artikel 19 f. OR oder 8 f. UWG eine solche gesetzliche Grundlage sind. Aus dem Wortlaut der Artikel 19 Absatz 2 und 20 Absatz 1 OR ergibt sich keine klare Entscheidung zwischen Geltung des Zulässigen und einer erweiterten Unwirksamkeit. «Die gesetzliche Grundlage muss so formuliert, so klar und bestimmt sein, dass die Rechtsunterworfenen ihr Verhalten danach richten können sowie die Rechtsfolgen eines bestimmten Verhaltens voraussehen können.»⁴⁹⁸

1. Rechtsfolgenseite

288 Nötig ist also, dass sich aus Artikel 19 f. OR oder 8 f. UWG die Rechtsfolge der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen so klar ergibt, «dass die Rechtsunterworfenen ... die Rechtsfolgen eines bestimmten Verhaltens voraussehen können». Im Zusammenhang mit der Frage, ob Artikel 5 KG (nicht nur zur Nichtigkeit eines Vertrages führt,⁴⁹⁹ sondern auch) Forderungen aus ungerechtfertigter Bereicherung ausschliesst, führte das Bundesgericht aus: «Sofern der Zweck der verletzten Norm nicht eindeutig den Ausschluss der Rückerstattung bereits erbrachter Leistungen erfordert (...), sind diese daher im Falle der Vertragsnichtigkeit zurückzuerstatten. Dass sich aus dem Schutzzweck kartellrechtlicher Verbote eindeutig der Ausschluss der Rückforderung von Leistungen ergibt, ist nicht anzunehmen. Zwar wird teilweise die Ansicht vertreten, die Wirksamkeit entsprechender Verbote liesse sich durch den Ausschluss der Rückerstattung verstärken (...). Diese Rechtsfolge ist jedoch weder ausdrücklich angeordnet noch ergibt sie sich mit der erforderlichen Eindeutigkeit aus dem Normzweck.»⁵⁰⁰ Nötig wäre also, dass sich ein solcher Ausschluss des Anspruchs eindeutig ergibt, dass er nämlich ausdrücklich angeordnet ist oder sich «mit der erforderlichen Eindeutigkeit aus dem Normzweck» ergibt.

289 Wie bereits ausgeführt ergibt sich weder aus Artikel 8, 9 oder 2 UWG noch aus den Artikeln 19 f. OR «eindeutig» oder «ausdrücklich», dass vertragliche

SPITZ/UHLMANN, Vor Art. 16-20 N 9: «Allerdings bedürfen Eingriffe in die Rechtsstellung der Privaten, namentlich bei Grundrechtsrelevanz (insbesondere Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 BV und Meinungsäusserungs- bzw. Informationsfreiheit/Medienfreiheit gemäss Art. 16 f. BV), in jedem Fall einer hinreichend bestimmten gesetzlichen Grundlage». BIAGGINI, S. 344, stellt eine «Forderung nach Rechtmässigkeit» gerade für das Zivilrecht auf.

498 SCHWEIZER R., Art. 36 BV N 21 Ziff. 3.

499 BGE 134 III 438. Ob der Vertrag kartellrechtswidrig war, konnte offenbleiben (Erw. 3.3 S. 446). Wäre er es gewesen, wäre er nichtig gewesen (Erw. 2.2. am Ende S. 442).

500 BGE 134 III 438 Erw. 3.2. S. 445, allerdings ohne Hinweis auf Art. 36 oder 27 BV.

Rechtsfolge der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen eine erweiterte Unwirksamkeit sei.

Artikel 36 Absatz 1 Satz 1 BV spricht also – im Rahmen einer verfassungskonformen Auslegung (die wiederum unter dem Vorbehalt des «Anwendungsgebotes» des Artikels 190 BV steht)⁵⁰¹ – eher dafür, die gesetzliche Anordnung («nichtig»,⁵⁰² «widerrechtlich»,⁵⁰³ «beseitigen»⁵⁰⁴) in einem engen Sinn zu verstehen, also so, dass sie nur die Geltung des Zulässigen verlangt.

2. Tatbestandsseite

Auch auf der Tatbestandsseite muss die Norm klar und bestimmt sein, und zwar «so klar und bestimmt ..., dass die Rechtsunterworfenen ihr Verhalten danach richten können». Es muss also klar sein, welche Ausübung der Wirtschaftsfreiheit ein Verwenden *missbräuchlicher* Geschäftsbedingungen und damit unzulässig ist. Der Tatbestand des Artikels 8 UWG ist eher unklar, was allerdings bei einer Generalklausel nicht zu vermeiden ist. Alternative dazu wäre ein «Klauselkatalog», wie ihn das BGB in seinen §§ 308 und 309 vorsieht.⁵⁰⁵ Dieser scheint allerdings auch nicht zu mehr Rechtssicherheit beizutragen.⁵⁰⁶ Wenn es also schon auf der Tatbestandsseite schwer oder unmöglich ist, klare

501 Dazu hinten N 529 ff.

502 Art. 20 Abs. 1 OR.

503 Art. 2 UWG (falls dies überhaupt eine Rechtsfolgeanordnung ist; dazu vorn Fn. 18).

504 Art. 9 Abs. 1 lit. b UWG.

505 Immerhin ist der Gesetzgeber wohl nicht verpflichtet, einen Klauselkatalog aufzustellen, vgl. dazu BGE 125 II 417 Erw. 6.c S. 429: «Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Europäischen Gerichtshofs ist dem Gesetzgeber jedenfalls nicht verwehrt, bei der Einschränkung der Meinungsäußerungsfreiheit allgemeine Begriffe zu verwenden, soweit eine nicht abstrakt erfassbare Vielfalt der zu ordnenden Sachverhalte oder das Bedürfnis nach einer sachgerechten Entscheidung im Einzelfall für eine gewisse Offenheit der fraglichen Norm sprechen.»

506 Vgl. nur UFFMANN, Reduktion, S. 274: «Die Inhaltskontrollvorschriften der §§ 307-309 BGB geben dem AGB-Aufsteller allerdings nur eine sehr begrenzte Orientierung für ein normkonformes Verhalten, wenn man sich die zahlreichen unbestimmten Rechtsbegriffe in § 308 BGB und vor allem die Generalklausel des § 307 BGB betrachtet. Ob die einzelne Klausel gesetzeskonform ist, kann der Ersteller oftmals nicht sicher im Voraus beurteilen, sieht er sich doch nicht selten gerade im Rahmen der Generalklausel mit widersprechenden Gerichts- und Literaturmeinungen konfrontiert.» Kritisch auch HONSELL, Schuldrechtsmodernisierung, S. 177: «Viele der Neuerungen [der Schuldrechtsmodernisierung] sind in schlechtem und schwer verständlichem Stil geschrieben, überlang und unklar», mit Hinweis auf § 309 BGB (dessen Überschrift «Klauselverbote mit Wertungsmöglichkeit» er wohl nur ironisch als «erhellend» bezeichnet). Vgl. allerdings KRAMER, Vertragsinhaltskontrolle, S. 312, wonach es «im Hinblick auf die Rechtssicherheit ... vorteilhaft ist, neben einer Generalklausel als Auffangtatbestand auch einen Katalog von konkreten, demonstrativ aufgelisteten Einzelverboten vorzusehen».

und bestimmte Schranken der Vertragsfreiheit aufzustellen (man aber gleichzeitig an einer AGB-Kontrolle festhält), kann man das Gebot von Artikel 36 Absatz 1 Satz 1 BV immerhin so verstehen, dass die Rechtsfolge der Verletzung der Schranken der Vertragsfreiheit nur so wenig wie nötig in die diese eingreifen soll.⁵⁰⁷

III. Ergebnis

- 292 Die erweiterte Unwirksamkeit von Verträgen, die die Schranken der Vertragsfreiheit verletzen, erfordert eine gesetzliche Grundlage. Nach dem bisher Ausgeführten besteht eine solche eher nicht. Ob sich jedoch namentlich aus dem Zweck von Artikel 8 UWG ergibt, dass er eine solche ist, bleibt zu prüfen. Eine verfassungskonforme Auslegung der Normen über die Schranken der Vertragsfreiheit (und über die Rechtsfolgen ihrer Verletzung) verlangt aber, diese ohne klare Anordnung so auszulegen, dass sie möglichst wenig in die Rechte der Privaten eingreifen.

Kapitel 3: Rechtslage in Deutschland

§12 Ausgangslage

- 293 Die Ausgangslage gemäss BGB wurde bereits dargestellt, sie ergibt sich aus § 306 BGB.⁵⁰⁸ Dieser lautet: «Sind Allgemeine Geschäftsbedingungen ganz oder teilweise nicht Vertragsbestandteil geworden oder unwirksam, so bleibt der Vertrag im Übrigen wirksam. Soweit die Bestimmungen nicht Vertragsbestandteil geworden oder unwirksam sind, richtet sich der Inhalt des Vertrags nach den gesetzlichen Vorschriften.» Offen lässt das Gesetz also, *wieweit* «Bestimmungen nicht Vertragsbestandteil geworden oder unwirksam sind»;

507 Vgl. dazu für Art. 2 Abs. 2 ZGB HONSELL, BaKomm, Art. 2 ZGB N 27: «Es ist nicht zu verkennen, dass dieser Umschreibung des Rechtsmissbrauchs eine Unschärfe anhaftet. Der Gesetzgeber trägt dem dadurch Rechnung, dass er nicht bei jedem, sondern nur bei offenbarem Rechtsmissbrauch (L'abus manifeste de droit) den Rechtsschutz verweigert.» Zwar geht es dabei sowohl bei der «Unschärfe» wie beim Mittel, mit dem der Gesetzgeber diesem Rechnung trägt, um den Tatbestand der Norm. Im Ergebnis ändert das allerdings nichts, denn so oder anders geht es darum, bei einem unklaren Tatbestand die Rechtsfolge nur «schonend» eintreten zu lassen: Bei Art. 2 Abs. 2 ZGB, indem die Rechtsfolge (bei «nicht offenbarem» Rechtsmissbrauch) überhaupt nicht eintritt; bei Art. 8 UWG, indem die Rechtsfolge nur die Geltung des Zulässigen und keine erweiterte Unwirksamkeit ist. Immerhin ist bei Art. 2 Abs. 2 ZGB die Einschränkung – anders als bei Art. 8 UWG – bereits im Gesetzestext enthalten.

508 Vorn N 241ff.

die Frage ähnelt also der, die sich nach Artikel 20 Absatz 2 OR stellen kann, wonach «Teile» des Vertrages nichtig sind. Erwähnt wurde auch ein Weg, die vom Gesetz offengelassene Frage zu beantworten.⁵⁰⁹

Aufgrund des Wortlauts von § 306 BGB gilt im Grundsatz statt des Vereinbarten das dispositive Recht.⁵¹⁰ Das wäre das, was hier als erweiterte Unwirksamkeit bezeichnet wird; allerdings nicht in der Form eines (ersatzlosen) Ganzwegfalls der Vereinbarung,⁵¹¹ sondern in der Form der Geltung dessen, was die Parteien angemessenerweise vereinbart hätten.

Diese Rechtslage ist nach deutschem Recht jedoch umstritten: «Der Gesetzgeber löste das Problem der geltungserhaltenden Reduktion nicht. § 306 I besagt nur, dass der Vertrag im Übrigen wirksam bleibt. Über das Schicksal der übrigen Klauseln und insbesondere das Schicksal des nicht zu beanstandenden Teils der unwirksamen Klauseln trifft § 306 I dagegen keine ausdrückliche Aussage. Auch § 306 II kann nicht ... für einen Vorrang des dispositiven Rechts vor einer geltungserhaltenden Reduktion herangezogen werden. Denn § 306 II betrifft allein die Frage, wie eine durch die Unwirksamkeit oder Nichteinbeziehung entstandene Lücke zu schliessen ist. Das Problem der geltungserhaltenden Reduktion betrifft aber die vorgelagerte Frage, wie gross die zu schliessende Lücke ist.»⁵¹²

Grundlage dieser Annahme ist also, dass «konstruktiv» zuerst zu bestimmen ist, ob überhaupt und wie weit das Vereinbarte wegfällt, und erst danach zu fragen ist, was an seine Stelle tritt: «Ob AGB-Klauseln, die teilweise unwirksam sind, immer als vollständig unwirksam angesehen werden müssen,

509 Vorn N 247 ff.

510 § 306 Abs. 2 BGB erwähnt die «gesetzlichen Vorschriften», wobei umstritten ist, ob damit nur das dispositive Recht gemeint ist oder auch Regeln über die Vertragsergänzung (vgl. hinten Fn. 515).

511 Bereits hingewiesen wurde auf den Fall, dass der Ganzwegfall gerade angemessen ist. Dann sind die «gesetzlichen Vorschriften» nichts anderes. Vgl. dazu LINDACHER/HAU, § 306 BGB N 14: «Mithin tritt an die Stelle der vom Verwender mittels AGB intendierten Regelung die Vorschlagsregelung des Gesetzes, sei es in der Form echter Substitution, sei es – so bei formularmässiger Einräumung zusätzlicher, vom dispositiven Recht nicht vorgesehener Befugnisse – durch ersatzlosen Wegfall der betreffenden AGB-Klausel.» Vgl. auch UFFMANN, Reduktion, S. 181: «Eine ... vervollständigungsbedürftige Vertragslücke wird unter zwei Voraussetzungen angenommen: ... zum anderen darf der ersatzlose Wegfall keine angemessene, den typischen Interessen beider Vertragsseiten Rechnung tragende Lösung bieten, insbesondere, weil dies die Ausgewogenheit der beiderseitigen vertraglichen Leistungen derart verändern würde, das es zu einer mit der Zielsetzung des AGB-Rechts nicht zu vereinbarenden Benachteiligung des Klauselverwenders führen würde.»

512 HELLWEGE, §§ 305-310 BGB (II) N 31 (S. 1467). § 306 Abs. 2 BGB würde also so ausgelegt, dass er eine geltungserhaltende Reduktion vorsieht, die keinen Raum für die von § 306 Abs. 2 BGB vorgesehene Geltung der «gesetzlichen Vorschriften» lässt. Ob das nicht schon aus systematischer Sicht abzulehnen ist, kann hier nicht untersucht werden.

oder ob sie mit ihrem wirksamen Teil aufrecht erhalten werden können (geltungserhaltende Reduktion), ist lebhaft umstritten. Der Wortlaut des Gesetzes lässt eine klare Antwort auf die gestellte Frage nicht zu. § 306 Abs. 2 beruft das dispositive Recht zur Anwendung, «soweit» AGB-Klauseln unwirksam sind; ob damit nur die Unwirksamkeit einzelner von mehreren Klauseln oder auch die Teilunwirksamkeit einer einzelnen Klausel gemeint ist, bleibt zweifelhaft und ist auch in den Gesetzesmaterialien nicht erörtert.»⁵¹³ Und: «Vor der Anwendung des § 306 Abs. 2 muss daher die logisch vorrangige Frage gestellt werden, ob durch den Wegfall der AGB überhaupt eine Vertragslücke entstanden ist; nur wenn sie bejaht wird, kommt die Schliessung der Lücke nach Massgabe des § 306 Abs. 2 in Betracht.»⁵¹⁴

297 Der Wortlaut des § 306 BGB erlaubt also sowohl eine Geltung des Zulässigen wie eine Erweiterung der Unwirksamkeit und Letztere zumindest im Fall von Innominatverträgen gar in der Form einer Rechtslage, die für den AGB-Verwender schlechter ist, als was die Parteien angemessenerweise vereinbart hätten.⁵¹⁵

298 Nach Lindacher/Hau «[kommt man freilich z]u einer dramatischen Einschränkung des Anwendungsbereichs des § 306 II BGB ..., wenn man mit einer verbreiteten Ansicht AGB-Klauseln, die allein wegen ihres Übermasses gegen §§ 307-309 BGB verstossen, im Wege geltungserhaltender Reduktion nur in ihrem überschliessenden Teil für unwirksam erachtet: Zu dem «im Übrigen» nach § 306 I BGB fortgeltenden Vertrag zählte dann auch die gewissermassen zurechtgestutzte Klausel; für eine Lückenfüllung durch dispositives Recht oder ergänzende Vertragsauslegung wäre insoweit kein Raum.»⁵¹⁶ Auch Schmidt H. weist darauf hin, dass die Annahme einer «geltungserhaltenden Reduktion oder Teilunwirksamkeit, bei der die einzelne unangemessene Bestimmung durch das Gericht auf ihren ([gegebenenfalls] gerade noch) zulässigen Inhalt zurückgeführt werden würde, mit diesem abgeänderten Inhalt wirksam bliebe, deshalb eine Vertragslücke nicht entstehen liesse[,] ... den aus

513 BASEDOW, § 306 BGB N 16; vgl. schon vorn N 244.

514 BASEDOW, § 306 BGB N 14; vgl. vorn N 242.

515 Denn § 306 Abs. 2 BGB erwähnt die «gesetzlichen Vorschriften», wobei umstritten ist, was das für Fälle von Innominatverträgen heisst (namentlich, ob dort nur ein Ganzwegfall infrage kommt). Mehrheitlich wird aber angenommen, dass der Vertrag in solchen Fällen durch «ergänzende Vertragsauslegung» (die der Vertragsergänzung entspricht, MÜLLER, Art. 18 OR N 439) ergänzt wird (BASEDOW, § 306 BGB N 31 ff.; LINDACHER/HAU, § 306 BGB N 15).

516 LINDACHER/HAU, § 306 N 26, und zum «Streitstand» in N 27 ff. Ob eine Auslegung des § 306 Abs. 1, die der Anordnung der Geltung der «gesetzlichen Vorschriften» nach Abs. 2 kaum mehr einen Anwendungsbereich lässt, namentlich aus systematischer Sicht abzulehnen ist, kann hier nicht untersucht werden.

§ 306 Abs. 2 folgenden Vorrang des dispositiven Rechts nicht wahren würde».⁵¹⁷ Tatsächlich scheint es aus systematischer Sicht fragwürdig, Absatz 1 von § 306 BGB («im Übrigen») so auszulegen, dass dem Verweis seines zweiten Absatzes keine Bedeutung mehr zukommt.⁵¹⁸

Diese Ansicht, die zu einer Geltung des Zulässigen führen könnte, wird jedoch abgelehnt: «Nach wie vor vorherrschend ist freilich, im Anschluss an die höchstrichterlich mehrfach bestätigte BGH-Judikatur, die Ansicht, dass eine Rückführung zu weit gefasster [beziehungsweise] nicht hinreichend differenzierender Klauseln auf den durch §§ 305 ff. BGB noch tolerierten Regelungsgehalt einschränkunglos zu verneinen ist.»⁵¹⁹ Der BGH geht also von einem «Verbot der geltungserhaltenden Reduktion» aus.⁵²⁰

Die Annahme, eine unzulässige AGB-Klausel sei von vornherein auf das gerade noch Zulässige zu «reduzieren», wird also für das BGB kaum vertreten und vom BGH abgelehnt.⁵²¹

§ 13 Bedeutung für die Schweiz

Dass in Deutschland eine Rechtslage besteht (oder ihr Bestehen höchstrichterlich und von einer Mehrheit der Lehre angenommen wird), hat nicht ohne Weiteres eine Bedeutung für die Frage, welche Rechtslage in der Schweiz gilt.

Dem ausländischen Recht kann eine «Bestätigungsfunktion» zukommen, «wenn die hergebrachten Auslegungsargumente zu einem einzigen übereinstimmenden Sinn der Norm hinführen» und «ausländische Lösungen des Ausgangsproblems diesem Sinn [entsprechen]».⁵²² «Wichtiger ist indes der Fall, dass die verschiedenen hergebrachten Auslegungsargumente

517 SCHMIDT H., § 306 BGB N 14.

518 Oder den ersten Teilsatz von § 306 Abs. 1 BGB («[s]oweit») so auszulegen, dass dem Verweis seines zweiten Teilsatzes keine Bedeutung mehr zukommt. Wie es sich damit verhält, ist hier nicht zu entscheiden. Mit einem ähnlichen Argument wurde vorn (N 21 ff.) die Annahme abgelehnt, Art. 9 UWG sei schon deshalb nicht normativ zuständig, die Rechtsfolge der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen zu regeln, weil ein solcher Vertrag nichtig sei (und deshalb keine «Verletzung» darstelle).

519 LINDACHER/HAU, § 306 N 28 Abs. 2.

520 Nach UFFMANN, Reduktion, S. 1, ist es «ein vordergründig unumstössliches Dogma aus dem Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen». UFFMANN, Reduktion, S. 225 ff., weist zudem darauf hin, dass ein Teil der Lehre unter der «geltungserhaltenden Reduktion» die Geltung des Angemessenen, ein Teil der Lehre die Geltung des Zulässigen versteht.

521 Hinweis auf Gegenmeinungen bei SCHMIDT H., § 306 BGB N 14 Fn. 105.

522 SCHLUEP, Rechtstheorie, N 1647.

zu unterschiedlichen Ergebnissen führen. Alsdann wird die ausländische Lösung zu einem Auswahlkriterium der verschiedenen möglichen Sinngebungen der auszulegenden Norm. Der Richter mag sich mit der Begründung für eine der möglichen Sinnvarianten entscheiden, sie entspreche der Mehrzahl der ausländischen Lösungen. Konvergieren die herkömmlichen Methoden zu einem einzigen Sinn und widerspricht dieser der oder einer Mehrzahl der ausländischen Problemlösungen, so zwingt das zur Begründung der Besonderheiten der einheimischen Lösung durch Auseinandersetzung mit den zum Vergleich herangezogenen Lösungsmustern (Abgrenzungsfunktion).⁵²³

303 Die ausländische Rechtslage ist also nur ein «Auswahlkriterium». Eine «Begründung der Besonderheiten der einheimischen Lösung» muss – wie alle Rechtsfindung – beim Gesetz ansetzen. Gefragt werden kann also, ob die gesetzliche Ausgangslage die gleiche ist. Denn die Antwort auf die sich stellenden Rechtsfragen ergibt sich zunächst aus dem Gesetz.⁵²⁴ Die ausländische Rechtsprechung und die Lehrmeinungen dazu sind Vorschläge dafür, welche Antwort man aus dem ausländischen Gesetz entnehmen soll. Ist das Gesetz ein anderes, führt deren Berücksichtigung dazu, dass man aus den möglichen Auslegungsvarianten die wählt, die dem *ausländischen* Recht am ehesten entspricht – statt dem schweizerischen.⁵²⁵

304 Die Annahme der Geltung des Zulässigen wird für das BGB abgelehnt. Artikel 20 Absatz 2 OR enthält zwar mit dem Begriff «Teile» ebenfalls Anhaltspunkte für die Annahme, dass ein «Mindestmass» des Vertrages unwirksam sein muss. Die Annahme, dass sich eine solche Rechtslage aus dem Begriff «Teile» ergibt, wurde jedoch abgelehnt.⁵²⁶ Das BGB enthält aber die ausdrückliche Anordnung, dass grundsätzlich das dispositive Recht zur Anwendung kommen soll (also die Anordnung einer erweiterten Unwirksamkeit).⁵²⁷ Eine

523 SCHLUEP, Rechtstheorie, N 1648, mit Verweis auf BGE 124 III 497 (N 1649).

524 Art. 1 Abs. 1 ZGB. Für Deutschland vgl. immerhin Art. 20 Abs. 3 GG, wonach die «Rechtsprechung ... an Gesetz und Recht gebunden [ist]».

525 Bestehen wirklich keine anderen Auswahlkriterien, mag es zumindest am einfachsten und in Fällen, in denen internationale Sachverhalte vorkommen können, auch sinnvoll sein, für die Schweiz das anzunehmen, was auch im Ausland, namentlich in den Nachbarländern, gilt. Im «Konsumentenverkehr» (auf die Art. 8 UWG beschränkt ist, anders als § 305 ff. BGB) dürften internationale Sachverhalte nicht gerade die überwiegende Zahl der Fälle sein, aber auch nicht nur die Ausnahme. Liegen aber – wie hier – Auswahlkriterien vor, die gerade für eine andere Rechtslage sprechen als die ausländische, müsste sich ein Vorrang des Rechtsfindungselements der Rechtsvergleichung wohl aus dem Gesetz selber ergeben (zu solchen Fällen hinten N 455 ff.).

526 Vorn N 256 f.

527 Vgl. aber vorn Fn. 291 die Hinweise auf Ansichten, dass die §§ 305 ff. BGB das Angemessene festhalten, also das Zulässige und das Angemessene das Gleiche sind (und damit die Unwirksamkeit jedenfalls quantitativ keine erweiterte ist).

solche Anordnung enthält das OR nicht. Rechtsprechung und Lehre zum BGB haben also für Artikel 20 OR und Artikel 8 UWG keine entscheidende Bedeutung.

Kapitel 4: Reparatorische Rechtsbehelfe

§ 14 Artikel 9 Absatz 3 UWG

I. Allgemeines

«[Wer durch unlauteren Wettbewerb ... bedroht oder verletzt wird,] kann ... 305 nach Massgabe des Obligationenrechts auf Schadenersatz und Genugtuung sowie auf Herausgabe eines Gewinnes entsprechend den Bestimmungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag klagen.»⁵²⁸ Neben den negatorischen Rechtsbehelfen, die Artikel 9 Absätze 1 und 2 UWG vorsehen,⁵²⁹ verweist Absatz 3 auf Rechtsgrundlagen für reparatorische Ansprüche.⁵³⁰

Nach herrschender Lehre handelt es sich bei den Verweisungen von Arti- 306 kel 9 Absatz 3 UWG um Rechtsgrund-, nicht Rechtsfolgeverweise.⁵³¹ Ein Rechtsgrundverweis bedeutet, dass die verwiesene Norm als solche zur Anwendung kommt. Es müssen also die Tatbestandsmerkmale erfüllt sein, die diese Norm vorsieht, damit die Rechtsfolge eintritt, die diese Norm vorsieht.⁵³² Es ist also zu prüfen, ob sich aus den verwiesenen Normen eine Antwort auf die Frage nach dem Umfang der Unwirksamkeit eines Vertrages, der unter Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen geschlossen wurde, ergibt.⁵³³ Ob

528 Art. 9 Abs. 3 UWG.

529 RÜETSCHI/ROTH/FRICK, Art. 9 UWG N 11. Die Publikation von Berichtigung oder Urteil (Absatz 2) ist eine Unterkategorie des Beseitigungsanspruchs (a.a.O. N 59), hat also auch negatorische Funktion. Die Feststellungsklage kann allerdings auch Genugtuungsfunktion haben (a.a.O. N 51), ist also auch ein reparatorischer Anspruch.

530 RÜETSCHI/ROTH/FRICK, Titel vor Art. 9 UWG N 73. Zum Begriff «reparatorisch» vgl. INDERKUM, N 141, mit weiteren Hinweisen.

531 RÜETSCHI/ROTH/FRICK, Art. 9 UWG N 77. Für den Verweis auf den Gewinnherausgabeanspruch (Art. 423 Abs. 1 OR) wird jedoch angenommen, dass es sich um einen Rechtsfolgeverweis handelt. Dazu hinten N 333 ff.

532 Abgesehen von einer Klarstellung – hier könnte man ohne Art. 9 Abs. 2 UWG beispielsweise annehmen, dass Art. 9 UWG als abschliessende Rechtsfolgenordnung weitere Ansprüche ausschliesst – hat eine Rechtsgrundverweisung damit keinen normativen Gehalt (vgl. für Art. 9 Abs. 3 UWG RÜETSCHI/ROTH/FRICK, Art. 9 UWG N 75).

533 Entgegen seinem Wortlaut «gilt» der Verweis des Art. 9 Abs. 3 UWG auch für Art. 62 OR (RÜETSCHI/ROTH/FRICK, Art. 9 UWG N 76). Da (und wenn) es sich um einen Rechtsgrundverweis handelt, gilt dies aber ohnehin unabhängig davon, welche Normen Art. 9 Abs. 2 UWG erwähnt.

es sich im Einzelfall um eine Rechtsfolgeverweisung handelt und was das bedeutet, wird geprüft, wo sich diese Frage stellt.⁵³⁴

307 Es wurde ausgeführt, Artikel 9 UWG sei nicht normativ zuständig, die Frage zu beantworten, ob die Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen zu einem anfechtbaren oder zu einem ex lege unwirksamen Vertrag führt.⁵³⁵ Vorliegend geht es aber um die Frage nach dem Umfang der Unwirksamkeit; dafür kann Artikel 9 UWG normativ zuständig sein. Darin kann man einen Widerspruch sehen. Die Argumente, die bei der Frage nach der Geltendmachung der Unwirksamkeit gegen die normative Zuständigkeit des Artikels 9 UWG sprachen, gelten hier aber nicht oder doch viel weniger.⁵³⁶ Handelt es sich bei Artikel 9 Absatz 3 UWG um einen Rechtsgrundverweis, sind die verwiesenen Normen ohnehin unabhängig davon anwendbar, ob Artikel 9 UWG (und damit sein Absatz 3) normativ zuständig sind, die vertragliche Rechtsfolge der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen zu regeln.

308 Die Artikel 41, 62 und 423 Abs. 1 OR regeln nicht primär die Rechtsfolge eines unzulässigen Vertragsschlusses (wenn auch Artikel 62 OR namentlich bei Leistungen aufgrund eines nichtigen Vertrages von Bedeutung ist). Vielmehr sieht das Gesetz in den Artikeln 19 f. OR bereits Regeln dafür vor und weiter können sich auch aus der verletzten Norm (hier: Artikel 8 UWG) selber Regeln ergeben. Man kann dabei annehmen, dass diese Normen – im Sinne der Regel «lex specialis derogat legi generali» – jedenfalls für die unmittelbar sich stellenden Fragen wie Geltendmachung und Umfang der Unwirksamkeit eine umfassende Regelung enthalten (anders als zum Beispiel für die von Artikel 62 OR geregelte «Anschlussfrage» nach Rückerstattungspflichten)⁵³⁷. Dann wären neben den Artikeln 8 und 9 UWG oder den Artikeln 19 f. OR – je nachdem, welche man als normativ zuständig erachtet und aus welcher sich eine Antwort auf die Frage der Rechtsfolge ergibt – nicht auch noch die Artikel 41, 62 oder 423 Abs. 1 OR anwendbar.⁵³⁸

534 Hinten N 333 ff. (zum Gewinnherausgabeanspruch nach Art. 423 Abs. 1 OR).

535 Vorn N 9 ff., N 25 ff.

536 Zu diesen Argumenten vgl. vorn N 27 ff.

537 Das Bundesgericht nimmt aber für einen Rücktritt nach Art. 109 OR ein «vertragliches Rückabwicklungsverhältnis» an, was bedeutet, dass auch diesbezüglich die «allgemeinen» Regeln (Art. 62 ff. OR) verdrängt werden, also insofern eine umfassende Ordnung besteht. Das gilt aber wiederum nicht für einen Rücktritt nach Art. 40a ff. OR: BGE 137 III 243 Erw. 4.4.2 ff. S. 248 ff., mit Verweis auf BGE 114 II 131 und 114 II 152. Vgl. zum «Liquidationsverhältnis» SCHMIDLIN, S. 124 ff.

538 Vgl. RÜETSCHI/ROTH/FRICK, Art. 9 UWG N 75: Sie gehen davon aus, Art. 41 OR stehe nicht neben Art. 9 UWG. Vgl. aber HONSELL, Bereicherungsrecht, S. 32: «Im Zivilrecht herrscht Anspruchskonkurrenz. Gesetzeskonkurrenz oder Subsidiarität kommen grundsätzlich nur in Betracht, wo dies aus normlogischen Gründen notwendig oder vom Gesetzgeber ausdrücklich angeordnet ist» (zur Frage der «Subsidiarität» der Art. 62 ff. OR). Ob hier einer dieser Gründe vorliegt, kann hier nicht untersucht werden.

Dennoch können die Artikel 41, 62 und 423 Abs. 1 OR die Rechtslage (mit-)bestimmen. Eine systematische Auslegung erfordert, dass die Rechtslage sich auch an Rechtsnormen orientiert, die nicht anwendbar sind. Nur so kann eine widerspruchsfreie Auslegung des Gesetzes sichergestellt werden. So nimmt das Bundesgericht beispielsweise an, der Käufer einer mangelhaften Sache könne Schadenersatz nicht nur nach der besonderen Bestimmung des Artikels 197 OR verlangen, sondern auch nach der allgemeinen Bestimmung des Artikels 97 OR; dabei «[muss] der Käufer in beiden Fällen die Untersuchungs- und Anzeigepflichten gemäss Art. 201 OR erfüllen und die Verjährungsfrist gemäss Art. 210 [beziehungsweise] 219 Abs. 3 OR wahren».⁵³⁹

Es soll deshalb einmal geprüft werden, was sich aus den Artikeln 41, 62 und 423 Abs. 1 OR für die Frage nach dem Umfang der Unwirksamkeit eines Vertrages, der unter Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen geschlossen wurde, ergibt. Es wird sich zeigen, dass auch diese für eine Geltung des Zulässigen sprechen. Es kann deshalb offenbleiben, ob diese Normen selbständig – im Sinne einer Anspruchskonkurrenz – anwendbar sind oder auf welchem (anderen) Weg sie die Rechtslage (mit-)bestimmen.

II. Artikel 41 OR

«Wer einem andern widerrechtlich Schaden zufügt, sei es mit Absicht, sei es aus Fahrlässigkeit, wird ihm zum Ersatze verpflichtet.»⁵⁴⁰

Vorausgesetzt ist also namentlich das Vorliegen eines Schadens.⁵⁴¹ Ein Schaden ist eine unfreiwillige Vermögensminderung, nämlich *damnum emergens* oder *lucrum cessans*, wobei die Differenztheorie angewendet wird.⁵⁴²

Durch die Verwendung – verstanden in einem engen Sinne, also durch Vertragsschluss⁵⁴³ – von missbräuchlichen Geschäftsbedingungen wird (zumindest «formell») eine Rechtslage geschaffen, die dem Zulässigen widerspricht.

539 BGE 133 III 335 Erw. 2.4.1 S. 339. Keine solchen Schranken bestehen jedoch für die Berufung auf Irrtum (Art. 23 ff. OR): BGE 114 II 131 Erw. 1.a S. 134 und Erw. 1.d S. 138 f. Vgl. auch BGE 92 II 168 Erw. 6.c S. 179 f. zum Verhältnis der Art. 21 und 62 ff. OR. Vgl. zum Verhältnis der Art. 641 Abs. 2 und 687 Abs. 1 ZGB – also der Auslegung der einen Norm «im Lichte» der anderen – BGE 131 III 505 Erw. 5.3 S. 509 («[E]s stellt sich die ... Frage, ob die beim Kapprecht (Art. 687 Abs. 1 ZGB) vorausgesetzte Schädigung des Eigentums bei der *actio negatoria* ebenfalls zu berücksichtigen ist»).

540 Art. 41 Abs. 1 OR.

541 KESSLER, Art. 41 OR N 2c.

542 KESSLER, Art. 41 OR N 3, N 6.

543 Dass nur das den Tatbestand erfüllt – und nicht schon Formulierung, Verbreitung oder Veröffentlichung –, dürfte herrschende Lehre sein; vgl. nur THOUVENIN, Art. 8 UWG N 134 f., mit zahlreichen Hinweisen. Zahlreiche Hinweise bei AESCHIMANN, N 6. Wie es sich damit verhält, kann hier nicht untersucht werden.

Soweit die vereinbarte Rechtslage dem Zulässigen widerspricht, ist sie aber ex lege nicht durchsetzbar (da sie gar nicht besteht).⁵⁴⁴ Beim Konsumenten besteht damit kein Schaden durch Bestehen einer Schuld,⁵⁴⁵ die zulässigerweise nicht hätte begründet werden dürfen.⁵⁴⁶ Und zahlt der Konsument beispielsweise einen Betrag, der in Anwendung einer unzulässigen Preisanpassungsklausel zustande kam, so ist die Vermögensminderung nicht unfreiwillig (und kann zudem als ungerechtfertigte Bereicherung – solange der Konsument über seine Pflicht im Irrtum war – zurückgefordert werden). Es besteht also auch dann kein Schaden.

314 Denkbar wäre, in der bloss vermeintlichen schlechteren Rechtsposition einen «hypothetischen» Schaden zu sehen. Selbst die nur formelle Rechtslage ermöglicht nämlich dem AGB-Verwender oft, die für den Konsumenten – verglichen mit dem Gesetz – schlechtere Rechtslage durchzusetzen, da der Konsument (aus «rationaler Apathie» oder «rationalem Desinteresse»)⁵⁴⁷ sich nicht die zulässige (und damit bestehende), sondern die vereinbarte – nur vermeintliche – Rechtslage entgegenhalten lassen wird. Dieser Schaden würde aber erst eintreten, wenn der Konsument sich die vereinbarte Rechtslage entgegenhalten lässt. Artikel 41 Absatz 1 OR erfordert nach der «Differenzhypothese» jedoch einen eingetretenen Schaden.⁵⁴⁸

315 Man könnte Schaden aufgrund seines Erwartungswerts als (bereits) eingetretenen (und damit als zu ersetzenden) Schaden betrachten (das kann man als «rechnerischen Schaden» bezeichnen): die Wahrscheinlichkeit, dass der Konsument (aus den genannten Gründen) sich die vereinbarte Rechtslage

544 Vorn N 164.

545 Das Eingehen einer Schuldpflicht ist nur das anschaulichste Beispiel für eine für den Konsumenten nachteilige Rechtslage und ihren Vermögenswert. Auch (unzulässigen) Haftungsregeln kann ein Vermögenswert zukommen, aber auch übermässigen Kündigungsfristen, Änderungs- und Rücktrittsvorbehalten oder Genehmigungsfiktionen. Das Vorliegen eines Schadens sollte man also nicht schon deshalb verneinen, weil manche vertraglichen Vereinbarungen nicht unmittelbar eine Schuldpflicht (und damit eine Verminderung des Vermögens) sind.

546 Nimmt man an, es sei eine Anfechtung(sklage) nötig, ist die Vereinbarung möglicherweise zunächst wirksam (zu dieser Frage vgl. BGE 114 II 131 Erw. 3. b S. 142 f.) und, wenn der Konsument sie nicht anfecht, endgültig wirksam. Zunächst hat er es auch dann in der Hand, die (Wirksamkeit und damit die) Durchsetzung zu verhindern, sodass ein Schaden als nicht unfreiwillig angesehen werden könnte. Versäumt es hingegen der Konsument, die unzulässigen AGB wirksam anzufechten, würde es dieser gesetzlichen Anordnung widersprechen, dem Konsumenten dann in Anwendung von Art. 41 Abs. 1 OR doch noch zum gleichen Ergebnis zu verhelfen.

547 Dazu DOMEJ, Art. 9 UWG N 44.

548 Vgl. DOMEJ, Art. 9 UWG N 44: «Bei Kunden ... äussert sich der positive Schaden darin, dass sie einen überhöhten Preis für die Leistung bezahlen.» Ein hypothetischer Schaden genügt auch hier nicht. Und N 46, wonach (nur) «der übliche oder sonst sicher in Aussicht stehende Gewinn [zu ersetzen]» ist.

entgegenhalten lässt,⁵⁴⁹ multipliziert mit dem Nachteil, den er aufgrund dieser Rechtslage hätte.⁵⁵⁰

Ein solcher Schaden aufgrund des Erwartungswerts ist vergleichbar mit einer «perte d'une chance»: «Das Erfordernis einer genügenden Wahrscheinlichkeit entgangenen Gewinns kann erhebliche Probleme bei der Schadensberechnung und der Beweisregelung mit sich bringen. Akzentuiert zu Tage tritt dieses Problem in den Fällen der [sogenannten] «perte d'une chance» (...). Als Chance wird in dieser Diskussion eine Möglichkeit verstanden, die von aleatorischen Faktoren abhängt (...). Beispiel: Ein Arzt behandelt einen Kranken sorgfaltswidrig; die in der Folge eintretende Schädigung des Patienten hätte möglicherweise durch die Anordnung einer adäquaten Therapie vermieden werden können. Das [Bundesgericht] hat es bisher abgelehnt, den Verlust einer (Heilungs-)Chance als Vermögensschaden zu anerkennen. Die Differenztheorie lasse es nicht zu, entgangene Chancen wirtschaftlich zu erfassen.»⁵⁵¹ Geht man also davon aus, dass eine «perte d'une chance» kein Schaden im Sinne des Artikels 41 OR ist, muss das Gleiche für einen «hypothetischen» Schaden gelten, der sich aus dem Erwartungswert der Verwirklichung eines tatsächlichen Risikos – das eben darin besteht, dass der Konsument sich die vereinbarte Rechtslage entgegenhalten lässt – ergibt.⁵⁵² Da also kein Schaden vorliegt (sondern allenfalls ein «normativer Schaden»), besteht auch keine Schadenersatzpflicht.

Die Frage, ob ein «rechnerischer» oder ein «hypothetischer» Schaden zu berücksichtigen ist, ähnelt der Frage, wann ein nur möglicher Gewinn zu berücksichtigen ist. «[N]ach den Grundsätzen des Obligationenrechts [ist] nur dann Ersatz für entgangenen Gewinn geschuldet ..., soweit es sich um einen üblichen oder sonst wie sicher in Aussicht stehenden Gewinn handelt.»⁵⁵³ Das

549 Und, zum Beispiel bei Haftungsregeln, mit Rücksicht auf die Wahrscheinlichkeit, dass es überhaupt zu einem Haftungsfall kommt. Bei anderen Regeln – zum Beispiel Kündigungsregeln – ist die «Eintretenswahrscheinlichkeit» aber 100%.

550 Vgl. DEDUAL, S. 245, zur Berechnung des «Profits» des AGB-Verwenders (P), der seinem «Benefit» aus der Risikoüberwälzung (B) (dazu S. 243) abzüglich der Entdeckungswahrscheinlichkeit (F) multipliziert mit den Kosten bei Entdeckung (C) entspricht, also $P = B - F \times C$. Der «Profit» des AGB-Verwenders ist der Nachteil des Konsumenten.

551 KESSLER, Art. 41 OR N 6a, mit Verweis auf BGE 133 III 462.

552 Vgl. aber BYDLINSKI, Schaden, S. 69, nach dem eine nominelle Steuerschuld, bei der – wegen Unkenntnis durch die Steuerbehörden – eine «gute Chance» besteht, «der Zahlung zu entgehen», niedriger zu bewerten ist, was für die Berechnung eines Schadens relevant ist. (Muss der Steuerpflichtige seine Steuerschuld wegen eines Geheimnisverrats der Bank nun doch begleichen, entsteht ihm deshalb ein Schaden; mit Verweis auf BGE 115 II 72.)

553 BGE 132 III 379 Erw. 3.3.3 S. 384. Vgl. auch den Entscheid des Bundesgerichts vom 8. Februar 2003 im Verfahren 4A_516/2012.

liegt bei der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen wohl nicht vor. Denn die Chance des AGB-Verwenders, die vereinbarte Rechtslage durchzusetzen, ist ja doch nicht «sicher», da insbesondere nicht «erzwingbar».⁵⁵⁴

318 Der Konsument, der sich die vereinbarte Rechtslage nicht entgegenhalten lässt, hat also jedenfalls keinen Schaden. Die Konsumenten, die sich die vereinbarte Rechtslage entgegenhalten lassen, haben möglicherweise einen Schaden.⁵⁵⁵ Dieser Schaden wäre aber nicht bei gerade dem Konsumenten eingetreten, der sich auf die wirkliche Rechtslage beruft. Einen Schaden, der bei anderen Konsumenten entstanden ist, können aber nur diese anderen geltend machen.⁵⁵⁶

III. Artikel 62 und 423 OR

1. Leistungskondition (Artikel 62 OR)

319 «Wer in ungerechtfertigter Weise aus dem Vermögen eines andern bereichert worden ist, hat die Bereicherung zurückzuerstatten.»⁵⁵⁷

320 Im Zusammenhang mit der Leistungskondition «ist vorderhand darauf abzustellen, ob eine bewusste, zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens vorliegt».⁵⁵⁸ Der Konsument räumte dem AGB-Verwender (vermeintlich, da

554 Allerdings sind nach Art. 4 Abs. 1 KG auch «nicht erzwingbare» Vereinbarungen vom KG erfasst. Der Gesetzgeber anerkennt hier also, dass (zumindest im Wettbewerbsrecht) auch das tatsächlich zu erwartende Verhalten – eben das Befolgen auch unwirksamer Vereinbarungen – rechtserheblich sein kann. Es geht hier aber nicht um spezifisch wettbewerbsrechtliche Probleme.

555 Zahlten sie mehr, als wozu sie sich hätten verpflichten können, besteht darin wohl kein Schaden, sondern eine rückforderbare Bereicherung. Denkbar wäre aber beispielsweise, dass ihnen aufgrund einer übermässigen Kündigungsfrist ein günstigeres Angebot entging. Ein Schaden kann zudem darin liegen, dass ein Konsument anwaltliche Unterstützung beiziehen musste. In diesen Fällen entsteht der Schaden (die Vermögenseinbusse) aber durch diese weiteren Umstände, nicht allein durch die AGB als solche (sondern deren Vereinbarung begründet dann allenfalls die Widerrechtlichkeit).

556 Vgl. dazu DOMEJ, Art. 9 UWG N 68. Vgl. zu Möglichkeiten der Geltendmachung von Schäden Dritter nach einem Vorschlag zur Revision der ZPO aber hinten N 650 ff. Vgl. aber VOGT, Sonderzivilrecht, S. 250 Fn. 148, der eine Unterscheidung zwischen dem, bei dem die Verletzung eines Immaterialgutes entdeckt wird, und dem, bei dem sie nicht entdeckt wird, ablehnt, was eine ähnliche Unterscheidung ist wie die zwischen dem, der sich die Rechtslage entgegenhalten lässt, und dem, der sie sich nicht entgegenhalten lässt.

557 Art. 62 Abs. 1 OR. Zur Frage, ob in Art. 62 OR nur die Nichtleistungskondition, die Leistungskondition hingegen in Art. 63 OR geregelt ist (dazu OBERHAMMER/FRAEFEL, Art. 62 OR N 2, und HUWILER, passim), soll mit diesem Aufbau der Untersuchung nicht Stellung genommen werden. Es ist hier ohne Bedeutung; im Folgenden werden Art. 62 OR oder Art. 62 ff. OR als Rechtsgrundlage aller Bereicherungsansprüche betrachtet.

558 OBERHAMMER/FRAEFEL, Art. 62 OR N 14.

unwirksam) eine bessere Rechtsstellung ein, als es das Gesetz zulässt. Aufgrund des «Durchsetzungsrisikos», das sich aus der «rationalen Apathie» des Konsumenten ergibt, hat diese Rechtsposition für den AGB-Verwender einen ökonomischen Wert (der dem Erwartungswert entspricht, der sich aus dem eingeräumten Vorteil und der Chance, diesen zu erhalten, ergibt).⁵⁵⁹ Wie für das Schadenersatzrecht muss aber auch hier gelten, dass nur verwirklichte Vermögensverschiebungen⁵⁶⁰ zu einer Bereicherung führen können. Ein Anspruch aufgrund einer Bereicherungskondition besteht deshalb nicht.

2. Nichtleistungskondition (Artikel 62 OR)

«Nichtleistungskondition liegt vor, wenn der Bereicherungsschuldner die Bereicherung in anderer Weise als durch Leistung des Bereicherungsgläubigers erhalten hat. ... Keineswegs ist jeder Vorteil, den jemand «irgendwie» aus dem Vermögen eines anderen bezogen hat, aufgrund einer Nichtleistungskondition herauszugeben». ³²¹ Vielmehr «[ist] die Bereicherung ... hier ungerechtfertigt, wenn sie entgegen dem Zuweisungsgehalt eines dem Bereicherungsgläubiger zugewiesenen Rechts eintritt»⁵⁶².

Auch hier ist die Bereicherung des AGB-Verwenders nur eine hypothetische (die rechtliche Besserstellung durch die AGB ist unwirksam) und rein rechnerische (der Vorteil, der ihm zukommen könnte, wenn der Konsument ³²²

559 Nach VOGT, Sonderzivilrecht (Herv. jeweils wegg.), S. 234, stellt «die Chance, vom Berechtigten nicht belangt zu werden, ... einen immateriellen Vorteil dar...»; vgl. auch S. 249 und S. 255 («Chance, vom Berechtigten nicht verfolgt zu werden»). Dabei «[hängt] der Wert dieser Chance ... von der Aussicht ab, die konkret erzielbaren Vorteile behalten zu können» (S. 253). Jedoch habe «der Vorteil des Verletzers, mitunter nicht verfolgt zu werden», «keinen Platz in der als Anwendungsfall der Lehre von den «faktischen Vertragsverhältnissen» verstandenen Lizenzanalogie (S. 249). Einen «Ausgleich «immaterieller Schäden»» soll deshalb hier ein Verletzerzuschlag herstellen (S. 250). Auch wenn man dem folgt (anders aber BGE 122 III 463 Erw. 5.c.cc S. 467 f.), ist es hier ohne Bedeutung. Denn es geht dort um den Schutz eines «Ausschliesslichkeitsanspruch[s] des Rechtsträgers» (VOGT, a.a.O., S. 235); ein solcher liegt bei absoluten Rechten und womöglich noch bei zugewiesenen Rechtspositionen vor, nicht aber bei reinen Verhaltensnormen wie Art. 8 UWG (vgl. im Einzelnen hinten N 341).

560 Solche können auch in Forderungen gegen den Verletzten (vgl. dazu nur Art. 76 Abs. 2 OR) oder einen Dritten bestehen. Es muss sich aber um rechtsbeständige (also nicht nur vermeintliche) Forderungen handeln.

561 OBERHAMMER/FRAEFEL, Art. 62 OR N 18. Vgl. auch HONSELL, Bereicherungsrecht, S. 26, wonach «im Grunde jede wirtschaftliche Tätigkeit darauf abzielt, aus fremdem Geld eigenes zu machen».

562 OBERHAMMER/FRAEFEL, Art. 62 OR N 21. Vgl. auch SCHULIN, Art. 62 OR N 19, wonach «herauszugeben [ist], was sich der Bereicherte durch unbefugte Inanspruchnahme vom anderen, dem allein es von Rechts wegen zugewiesen und dem allein die Befugnis vorbehalten war, verschafft hat». Zur Frage, ob ein solches Recht vorliegt, hinten N 341.

sich die vereinbarte Rechtslage entgegenhalten lässt, besteht erst als Erwartungswert).⁵⁶³ Schon deshalb besteht auch kein Anspruch aus einer Nichtleistungskondition.

3. Artikel 423 OR

a. Allgemeines

323 «Wer für einen anderen ein Geschäft besorgt, ohne von ihm beauftragt zu sein, ist verpflichtet, das unternommene Geschäft so zu führen, wie es dem Vorteile und der mutmasslichen Absicht des anderen entspricht.»⁵⁶⁴ «Wenn die Geschäftsführung nicht mit Rücksicht auf das Interesse des Geschäftsherrn unternommen wurde, so ist dieser gleichwohl berechtigt, die aus der Führung seiner Geschäfte entspringenden Vorteile sich anzueignen.»⁵⁶⁵ Es handelt sich hier um die «Geschäftsanmassung» oder die «unechte Geschäftsführung ohne Auftrag».⁵⁶⁶

324 Die Ansprüche aus Artikel 62 und 423 Absatz 1 OR haben nicht das gleiche Ziel: «Unterschiedlich sind bei Eingriffskondition⁵⁶⁷ und Vorteilsherausgabe hingegen Gegenstand und Umfang der Herausgabepflicht. Bei der Bereicherung ist vom Bereicherten der Wert des aus dem Eingriffserwerb Erlangten, nicht der vom Eingreifer gemachte Gewinn herauszugeben (...). Demgegenüber hat der Geschäftsherr nach Art. 423 Anspruch auf Herausgabe der aus der Führung seiner Geschäfte entspringenden Vorteile. Erfasst wird nicht nur die beim Geschäftsherrn allenfalls eingetretene «Entreicherung» (wie im Bereicherungsrecht), sondern die ganze, beim Geschäftsanmasser entstandene Vermögensvermehrung; Art. 423 ist somit umfassender als Art. 62.»⁵⁶⁸ Während Artikel 62 OR also (nur) die Herausgabe der Bereicherung vorschreibt, schuldet der Schuldner nach Artikel 423 Absatz 1 OR dem «Geschäftsherrn» die «entspringenden Vorteile», also den von ihm erzielten Gewinn.⁵⁶⁹

563 Zwar sind Schaden und Bereicherung nicht das Gleiche (vgl. OBERHAMMER/FRAEFEL, Art. 62 OR N 5). Gegenüber der Relevanz einer «rein rechnerischen» oder einer «hypothetischen» Bereicherung bestehen trotzdem die gleichen Vorbehalte.

564 Art. 419 OR.

565 Art. 423 Abs. 1 OR.

566 WEBER R., BaKomm, Art. 423 OR N 1.

567 Zum Begriff: Was vorn als Nichtleistungskondition bezeichnet wird, «wird manchmal auch (nach deren Hauptanwendungsfall) als Eingriffskondition [bezeichnet]» (OBERHAMMER/FRAEFEL, Art. 62 OR N 13).

568 WEBER R., BaKomm, Art. 423 OR N 11.

569 Vgl. jedoch DOMEJ, Art. 9 UWG N 103, wonach das Bundesgericht «zuweilen ... angedeutet [hat], das Bereicherungsrecht könnte eine Grundlage für einen Anspruch auf Gewinnherausgabe bieten», das aber «an anderer Stelle ... zu Recht verneint [hat]». Im Entscheid vom 12. April 2006 im Verfahren 4C.290/2005, Erw. 3.1, ging das Bundes-

b. «Zuweisungsgehalt»

«Zu den objektiven Voraussetzungen der Geschäftsanmassung gehören die Besorgung eines fremden (nicht in der ausschliesslichen Nutzungsberechtigung des «Geschäftsführers» liegenden) Geschäfts trotz Fehlens einer Handlungspflicht (...) sowie – für einen quasi-deliktschen Tatbestand charakteristisch – der widerrechtliche Eingriff in die Rechtssphäre oder das Vermögen des Geschäftsherrn im eigenen Interesse.»⁵⁷⁰ «Umstritten ist, ob – im Hinblick auf die Vorteilsherausgabe – nur die Verletzung absoluter Rechte (...) oder auch die Verletzung relativer Rechte (...) widerrechtlich ist. Meines Erachtens geht es beim Geschäftsanmassungstatbestand primär nicht um den (deliktischen) Eingriffsschutz, sondern um die ausschliessliche Nutzungsbeziehung des Geschäftsherrn, [das heisst,] die verbindliche Interessenregelung ([zum Beispiel] Unterlassungs- und Treuepflichten) schliesst den Geschäftsführer von einem bestimmten Bereich grundsätzlich aus (geschützte exklusive Nutzungsposition des Geschäftsherrn, soweit sie marktfähig verwertbar ist). Auch eine entgegen dem Zuweisungsgehalt erfolgende Verletzung vertraglicher Rechte oder objektiv geschützter Nutzungspositionen vermag in gewissen Konstellationen somit einen Vorteilsherausgabeanspruch zu begründen (...).»⁵⁷¹ Zumindest eine «geschützte exklusive Nutzungsposition» muss also vorliegen. Das dürfte nichts anderes sein als eine bereits erwähnte «zugewiesene Rechtsposition» oder eine «Rechtsposition mit Zuweisungsgehalt», die auch die Nichtleistungskondition voraussetzt. Ob eine solche vorliegt, bleibt zu prüfen.

c. Gewinn

Wie ein «rein rechnerischer» oder ein «hypothetischer» Schaden kein Schaden im Rechtssinn ist und eine «rein rechnerische» oder «hypothetische» Bereicherung keine Bereicherung im Rechtssinn ist, ist ein «rein rechnerischer» oder «hypothetischer» Gewinn kein (herauszugebender) Gewinn.

gerichtet jedoch davon aus, ein Anspruch auf Gewinnherausgabe bestehe schon nach Art. 62 OR (nämlich gegen den Gutgläubigen), während gegen den Bösgläubigen sich der Anspruch aus Art. 423 Abs. 1 OR ergebe. Zustimmend zu diesem Entscheid KOHLER, S. 816. Vgl. auch WEBER R., BaKomm, Art. 423 OR N 2, mit weiteren Hinweisen zur Frage, «ob das allgemeine Gewinnabschöpfungsprinzip auf Art. 423 oder eher Art. 62 abzustützen sei», und N 9 ff. Hier kommt es auf diese Frage jedoch nicht an, da so oder anders eine «zugewiesene Rechtsposition» nötig ist, was nicht vorliegt.

570 WEBER R., BaKomm, Art. 423 OR N 5.

571 WEBER R., BaKomm, Art. 423 OR N 6.

4. Zuweisungsgehalt

a. Allgemeines

327 Ansprüche aufgrund einer Nichtleistungskondiktion sowie Ansprüche aus Geschäftsanmassung bestehen also nur, wenn in eine «zugewiesene Rechtsposition» oder in ein «Recht mit Zuweisungsgehalt» eingegriffen wurde.⁵⁷² Es kann also geprüft werden, ob die Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen in eine «zugewiesene Rechtsposition» eingreift. Das setzt zunächst voraus, dass eine solche überhaupt besteht, das heisst, dass Artikel 8 UWG eine zugewiesene Rechtsposition ist oder zur Folge hat (oder am ehesten wohl: ob Artikel 8 UWG eine Rechtsposition zuweist). Dabei wird hier angenommen, dass eine zugewiesene Rechtsposition nach Artikel 62 OR das Gleiche ist wie eine solche nach Artikel 423 OR.⁵⁷³

328 Es kommt dabei darauf an, «ob die Nutzung eines Guts, in welches eingegriffen worden ist, dem (potenziellen) Kondiktionsgläubiger «zugewiesen ist».⁵⁷⁴ «Der Zuweisungsgehalt besteht dann, wenn eine Rechtsposition einer Person zur ausschliesslichen Nutzung zugewiesen ist (...)»⁵⁷⁵ Es muss eine Rechtsposition bestehen, «die marktfähig verwertbar ist und die ihrem Inhaber zur ausschliesslichen Ausübung, Nutzung und Verwertung zugewiesen ist»; «[e]ntscheidend ist mithin, dass der Verletzer in eine monopolartige Rechtsstellung eingegriffen hat, aufgrund welcher alle aus der Ausübung, Nutzung oder Verwertung der Rechtsposition resultierenden Erlöse dem Berechtigten zugeordnet sind; dass die fragliche Verletzungshandlung widerrechtlich ist, genügt hingegen nicht».⁵⁷⁶

572 Welche dieser Bezeichnungen sinnvoll ist, muss hier nicht entschieden werden. Entscheidend ist nur, was die Voraussetzung für einen Bereicherungs- und einen Gewinnherausgabeanspruch ist. Vgl. aber dazu, dass Begriffe «sinnvoll und brauchbar» sein sollen – und was die Voraussetzungen dafür sind –, CANARIS, Lücken, §§ 1 f. (S. 15 f.). «Zugewiesene Rechtsposition» impliziert eher, dass die «Rechtsposition» bereits die (künftigen und hypothetischen) Nutzungs- und Verwertungserlöse und Gewinne beinhaltet, denn gerade diese sind ja zugewiesen (weshalb der Gläubiger sie herausfordern kann, wenn sie dem «Falschen» zugekommen sind). «Rechtsposition mit Zuweisungsgehalt» impliziert eher, dass die Rechtsposition etwas anderes ist als die Nutzungs- und Verwertungserlöse und Gewinne, diese aber aufgrund des «Zuweisungsgehalts» der Rechtsposition dem Gleichen «zugewiesen» sind wie die Rechtsposition selber. Wie es sich damit verhält, spielt wohl – und jedenfalls hier – keine Rolle. Im Folgenden wird die Bezeichnung «zugewiesene Rechtsposition» verwendet.

573 So PEUKERT, S. 500: «Auch die Rechtsprechung steckt den Anwendungsbereich der Geschäftsanmassung parallel zur Eingriffskondiktion ab, indem Eingriffe in den Schutzbereich von Ausschliesslichkeitsrechten genügen.»

574 CANARIS, Gewinnabschöpfung, S. 88.

575 OBERHAMMER/FRAEFEL, Art. 62 OR N 23.

576 HAHN, Art. 62 OR N 23. Kritisch zu einer solchen «Marktrelevanztheorie» allerdings PEUKERT, S. 460 f. Es handle sich «um einen unzulässigen naturalistischen Fehlschluss

Wer missbräuchliche Geschäftsbedingungen verwendet, handelt rechtswidrig (Artikel 2 UWG). Das genügt nach dem Ausgeführten allerdings nicht für einen Anspruch aus Bereicherungsrecht oder auf Gewinnherausgabe.⁵⁷⁷ Man kann Artikel 8 UWG so verstehen, dass er eine «Rechtssphäre» abgrenzt: Es gibt Pflichten, die einem Konsumenten nicht auferlegt werden dürfen, und Rechte, die ihm nicht genommen werden dürfen. Jede Verhaltensnorm grenzt aber die Rechtssphären der Privaten voneinander ab. Das allein führt also nicht zu einem «Gut», das «zugewiesen» ist.⁵⁷⁸ Die *Position* muss (monopolartig) zur Nutzung zugewiesen sein⁵⁷⁹ und – was umstritten ist – marktfähig verwertbar sein, oder die mit ihr erzielbaren *Erlöse* müssen zugeordnet sein.⁵⁸⁰ Die Position des Konsumenten ist diesem nicht (monopolartig) zur Nutzung zugewiesen. Vielmehr ist eine Nutzung durch den Konsumenten selber gar nicht denkbar.⁵⁸¹ Deshalb sind ihm auch Erlöse aus einer solchen Nutzung – die immer nur ein anderer vornehmen kann – nicht zugewiesen. Dies scheint auch dann richtig, wenn man annimmt, dass Bereicherungsansprüche (und damit auch Gewinnherausgabeansprüche) dazu dienen, «[t]atsächliche

von den Marktverhältnissen auf den Anwendungsbereich eines gesetzlichen Schuldverhältnisses); dass eine «Rückkopplung auf genuin normative Wertungen» notwendig sei, «bestätigt das Bereicherungsrecht selbst durch den Verweis auf einen *rechtlichen* Behaltensgrund und die Bezugnahme auf vorbestehende subjektive Rechte» (Herv. i.O.). Man kann annehmen, dass auch das schweizerische Bereicherungsrecht (und damit auch das Recht der Gewinnherausgabe) einen solchen «Verweis» enthält. BYDLINSKI, System, S. 241, nimmt an, dass (immerhin) «[f]ür Zweifelsfälle ... mit Recht die Prüfung empfohlen [wird], ob das betreffende Gut im Rechtsverkehr üblicher- und zulässigerweise entgeltlich verwertet werden kann».

577 OBERHAMMER/FRAEFEL, Art. 62 OR N 21, gehen davon aus, auch in der Schweiz habe sich die «Zuweisungstheorie» – anstelle der «Rechtswidrigkeitstheorie» – durchgesetzt. Vgl. allerdings HAHN, Art. 62 N 23, wonach «[d]as Bundesgericht und ein Teil der Lehre ... für die Frage nach dem ungerechtfertigten Charakter einer durch Eingriff erlangten Bereicherung auf die sogenannte «Eingriffstheorie» ab[stellen]».

578 Entsprechend der vorn, N 328, erwähnten Voraussetzung gemäss Canaris.

579 SCHWAB, § 812 BGB N 281, spricht von der «Nutzungsfunktion».

580 Vgl. allerdings SCHMID, Geschäftsführung, N 758 f., nach dem spezielle Betroffenheit und Verwertungsmöglichkeit nötig sei, jedoch nicht, dass gerade der Ertrag der Verwertung exklusiv zugewiesen ist.

581 Dass die Nutzung durch den Konsumenten nicht gewollt gewesen wäre, spielt hingegen keine Rolle. Vgl. dazu BGE 133 III 153 Erw. 2.4 S. 159: «Zusammenfassend ergibt sich, dass jedenfalls nach objektiv-zeitgemäßem Verständnis allein das Moment des unrechtmässigen Eingriffs in das Persönlichkeitsrecht eines Dritten massgeblich ist und deshalb insbesondere auch diejenigen Konstellationen nach den Regeln der unechten Geschäftsführung zu beurteilen sind, bei denen der Verletzte selbst nicht tätig geworden wäre und deshalb keine eigentliche Geschäftsanmassung vorliegt.» Vgl. auch RÜETSCHI/ROTH/FRICK, Art. 9 UWG N 125: «Der Gewinn muss mit anderen Worten kausal auf eine Handlung zurückzuführen sein, wie sie auch der Rechtsinhaber hätte vornehmen können» (Herv. hinz.). Dass er sie hätte vornehmen *wollen* oder das solches zu *erwarten* gewesen wäre, fordern auch sie nicht.

Vorgänge, die im Ergebnis mit der rechtlich vorgegebenen Zuordnung wirtschaftlicher Güter ohne normative Rechtfertigung im Widerspruch stehen, ... vermögensmässig rückgängig zu machen».⁵⁸² Denn Artikel 8 UWG weist keine Güter zu, weder dem Konsumenten noch (einem der) Konkurrenten.

330 Das entspricht auch der Lehre zum deutschen UWG. Zwar weist Peukert für das deutsche UWG⁵⁸³ darauf hin, dass dieses sich «tatsächlich als Stütze richterlicher Güterzuordnungen zu eignen [scheint]»⁵⁸⁴. Weiter geht er jedoch davon aus, «dass jedenfalls dem UWG 2004/2008 ein solch güterzuordnender Gehalt fremd ist»⁵⁸⁵. Ausdrücklich für den Konkurrenten – nicht den Konsumenten – geht auch Schwab davon aus, dass das (deutsche) UWG keinen «Zuweisungsgehalt» hat: «Der Bereicherungsschuldner hat einen Vorteil jedenfalls dann auf Kosten des Anspruchstellers (Bereicherungsgläubigers) erlangt, wenn er eine Nutzungs- oder Verwertungsmöglichkeit okkupiert hat, für deren Einräumung der Bereicherungsgläubiger entsprechende Zahlung hätte verlangen können. Aus diesem Grundansatz ergibt sich, dass insbesondere solche Positionen die Eingriffskondition nicht rechtfertigen, die lediglich Unterlassungsansprüche gegen andere vermitteln, aber keine Vorteile zuweisen, welche einer entgeltlichen Verfügung zugänglich sind. So liegt es etwa bei Verstössen gegen die Vorschriften des UWG: Wenn jemand unlauteren Wettbewerb treibt, kann der Konkurrent zwar Unterlassung verlangen. Der unlauter Handelnde hat sich aber dadurch keine Rechtsstellung angeeignet, welche dem Konkurrenten Vorteile zuweist.»⁵⁸⁶

331 Für das schweizerische UWG weisen Oberhammer/Fraefel darauf hin, dass «die deliktsrechtlich in gewissem Umfang vom UWG geschützten Chancen am Markt ... in einem marktwirtschaftlichen Rechtssystem niemandem exklusiv zugewiesen [seien], weshalb sie keinen Zuweisungsgehalt

582 BYDLINSKI, System, S. 235 (Herv. wegg.).

583 Regeln über die «AGB-Kontrolle» sind nicht im deutschen UWG enthalten, sondern in den §§ 305 ff. BGB. Das hat aber keinen Einfluss auf die Frage, ob sich aus dem UWG allgemein zugewiesene Rechtspositionen ergeben; ob die Bejahung dieser Frage – also die Annahme, dass das UWG allgemein Rechtspositionen «zuweist», – zur Folge hätte, dass dies auch für Art. 8 UWG gilt, wäre ohnehin noch separat zu prüfen.

584 PEUKERT, S. 319.

585 PEUKERT, S. 397; auch S. 340 und S. 368 ff.

586 SCHWAB, § 812 BGB N 283; ausführlich N 305 ff., mit der Ausnahme, dass die Vorschriften des UWG «eine bereicherungsrechtlich relevante Rechtsposition» begründen können, «wenn dieser Schutz dem Begünstigten eine einem Immaterialgut ähnliche Stellung vermittelt», mit folgenden Beispielen: Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse (§ 17 dUWG), die in § 18 dUWG aufgezählten patentrechtlich nicht geschützten Verfahren, Modelle, Vorlagen etc., bei «sklavische[r] Nachahmung eines Industrieproduktes», der «Nachahmung von Modeneuheiten» oder der «unbefugte[n] Verwertung eines Betriebsgeheimnisses» (N 307). Vgl. auch SCHÄFER, § 687 BGB N 17.

haben». ⁵⁸⁷ Nach Domej «[besteht] Einigkeit ... weitgehend darüber, dass bei Verletzungen des lauterkeitsrechtlichen Leistungs-, Ausstattungs- oder Kennzeichenschutzes, bei Verwertung fremder Leistungen und bei Geheimnisverletzungen eine Eingriffskondition in Betracht kommt. Keinen Zuweisungsgehalt haben hingegen nach wohl [herrschender Meinung] Art. 3 Abs. 1 lit. b (Irreführung), lit. e (vergleichende Werbung), lit. f (Lockvogelangebote) und lit. g (Zugaben), Art. 4 lit. a (Verleitung zum Vertragsbruch) und lit. d (Verleitung zur Vertragsauflösung) oder Art. 4a (Bestechung). Soweit wettbewerbsrechtliche Normen dem Schutz der (wirtschaftlichen) Persönlichkeit dienen, sollte ihr Zuweisungsgehalt [meines Erachtens] anerkannt werden; dies gilt namentlich für die Fälle des Art. 3 Abs. 1 lit. a (Herabsetzung)». ⁵⁸⁸

Das UWG weist also jedenfalls nicht allgemein Rechtspositionen im Sinne der Artikel 62 und 423 OR zu und im Besonderen nicht durch seinen Artikel 8. Denkbar ist jedoch, dass aus anderen Gründen ein Bereicherungs- oder ein Gewinnherausgabeanspruch besteht (dazu sogleich). 332

b. Artikel 9 Absatz 3 UWG als Rechtsfolgeverweisung

aa. Problem

Es wurde bereits erwähnt, dass teilweise angenommen wird, es handle sich bei Artikel 9 Absatz 3 UWG – jedenfalls für die Verweisung auf Artikel 423 Absatz 1 OR – nicht um eine Rechtsgrund-, sondern um eine Rechtsfolgeverweisung. Ist das der Fall, kann ein Gewinnherausgabeanspruch auch bestehen, wenn die Voraussetzungen des Artikels 423 Absatz 1 OR – namentlich das Vorliegen einer zugewiesenen Rechtsposition – nicht erfüllt sind. 333

Dass dies so sei, wird zum Beispiel damit begründet, dass «eine Gewinnherausgabe im UWG strikte besehen überhaupt unmöglich [wäre]» und deshalb «der Verweis in Art. 9 Abs. 3 diesfalls leer liefe» ⁵⁸⁹. Spitz nimmt deshalb an, dass «[d]er Verweis in Art. 9 Abs. 3 ... zumindest zum Teil einen Rechtsfolgeverweis dar[stellt]»: «[D]er Gewinnherausgabeanspruch ist auch dann zu 334

⁵⁸⁷ OBERHAMMER/FRAEFEL, Art. 62 OR N 23. Ebenso SCHMID, Geschäftsführung, N 749. Vgl. hingegen WEBER R., BaKomm, Art. 423 OR N 3 Spiegelstrich 4, der als Beispiel für eine «Ausübung fremden Rechts durch Unbefugte» das Ausüben «fremder Wettbewerbsrechte» erwähnt. In BGE 73 II 194 ging das Bundesgericht mit Verweis auf den gesetzgeberischen Willen (zum nicht mehr geltenden Recht) noch davon aus, «dass der durch eine unlautere Wettbewerbshandlung Verletzte weder unter dem Gesichtspunkt der Moral noch demjenigen der Billigkeit Anspruch auf einen vom Verletzer erzielten Gewinn zu erheben [vermag], soweit dieser den ihm erwachsenen Schaden übersteigt» (Erw. 5 S. 198).

⁵⁸⁸ DOMEJ, Art. 9 UWG N 101.

⁵⁸⁹ SPITZ, Art. 9 UWG N 188, mit dem Hinweis darauf, dass sich dieses Problem bei Anwendung der Rechtswidrigkeitstheorie nicht stellen würde (so auch SCHMID, Geschäftsführung, N 747). Welche Theorie die «richtige» ist, muss hier nicht untersucht werden.

gewähren, wenn kein fremdes Geschäft geführt wurde, sofern nur die Verletzung der wirtschaftlichen Interessen der klagenden Person erstellt ist bzw. die Verletzung auf Kosten einer unlauter beeinträchtigten Person geht. Dies ist nicht nur mit dem Wortlaut des Verweises vereinbar, sondern trägt auch dem Grundgedanken der Gewinnherausgabe Rechnung, wonach sich Unrecht nicht lohnen und sie auch pönaler Natur sein soll. Ein Anspruch auf Gewinnherausgabe setzt nicht voraus, dass die klagende Person den fraglichen Gewinn selbst hätte erzielen können, weil die Ansprüche auf Schadenersatz und auf Gewinnherausgabe auseinanderzuhalten sind.»⁵⁹⁰ Und Schmid geht davon aus, dass «[d]ie Zuweisungstheorie in diesem Bereich [also des UWG] für die Umschreibung der objektiven Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 423 OR keine tauglichen Kriterien bereit[stellt]».⁵⁹¹

335 Aus systematischer Sicht ist eine Auslegung abzulehnen, die dazu führt, dass der Verweis des Artikels 9 Absatz 3 UWG auf Artikel 423 Absatz 1 OR «leer liefe».⁵⁹² Es ist deshalb nach einer anderen Auslegung zu suchen. Der (UWG-) Gesetzgeber ist denn auch nicht an Artikel 423 OR gebunden, sondern kann für das UWG einen eigenen, von besonderen Voraussetzungen abhängigen Gewinnherausgabeanspruch vorsehen.⁵⁹³ Ob es das *tun soll*, ist in dieser rechtsdogmatischen Arbeit nicht zu untersuchen;⁵⁹⁴ ob er das *getan hat*, kann,

590 SPITZ, Art. 9 UWG N 194 f.

591 SCHMID, Geschäftsführung, N 754.

592 Vgl. dazu BGE 133 III 153 Erw. 2.4 S. 158, zu Artikel 28a ZGB: «[D]er Gesetzgeber geht davon aus, dass bei widerrechtlicher Verletzung von Persönlichkeitsrechten grundsätzlich ein Gewinnherausgabeanspruch entsprechend den Bestimmungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag besteht.» Und weiter: «Zudem ergibt sich aus der Verweisung in Art. 28a Abs. 3 ZGB sinngemäss, dass die Rechtsfolgen der unechten Geschäftsführung auch dann zum Tragen kommen müssen, wenn der Verletzer sich kein Geschäft des Verletzten anmass; andernfalls wäre sie weitgehend inhaltsleer, ist doch die – namentlich bei Immaterialgüterrechten typische – Usurpation im Bereich des Persönlichkeitssschutzes nur im Zusammenhang mit der Verwertung vermögenswerter aus dem Persönlichkeitsrecht fließender Nutzungsrechte möglich.» Auch in BGE 143 III 297 Erw. 8.2.3.2 S. 320 lehnte das Bundesgericht einen Gewinnherausgabeanspruch bei Verletzung der Persönlichkeit (durch eine «Medienkampagne») jedenfalls nicht ab (es entschied darüber nicht abschliessend, sondern wies die Sache an die Vorinstanz zurück).

593 HEIZMANN, UWG-Kommentar, Art. 1 UWG N 58, geht immerhin davon aus, dass auch der Gesetzgeber, wenn er die Sondertatbestände des UWG erweitern will, an den Zweck(-Artikel) des UWG gebunden ist. Innerhalb desselben Gesetzes mag das zutreffen; dass allgemeine Regeln über eine Gewinnherausgabe den Gesetzgeber eines Spezialgesetzes binden, ist damit aber nicht gesagt.

594 Immerhin liesse sich fragen, ob er das (aufgrund von Art. 8 Abs. 1 BV) tun *darf*. Zwischen dem Lauterkeitsrecht und anderen Anwendungsbereichen des Art. 423 Abs. 1 OR (zum Beispiel dem Immaterialgüterrecht) dürften aber genügend Unterschiede bestehen, die eine Ungleichbehandlung rechtfertigen. Art. 190 BV verlangt im Übrigen die Anwendung von Bundesgesetzen auch bei Verfassungswidrigkeit.

wie sich zeigen wird, hier offenbleiben, da auch bei Annahme abweichender Tatbestandsvoraussetzungen die Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen keinen Anspruch auf Gewinnherausgabe begründet.

bb. Artikel 28a Absatz 3 ZGB

Eine mögliche Begründung für die Annahme einer Rechtsfolgeverweisung ergibt sich aus einem Entscheid des Bundesgerichts, in dem es sich mit Artikel 28a Absatz 3 ZGB befasste; dieser enthält – für Persönlichkeitsverletzungen – eine Verweisung wie Artikel 9 Absatz 3 UWG.⁵⁹⁵ 336

Rüetschi/Roth/Frick gehen davon aus, das Bundesgericht habe in diesem Entscheid angenommen, bei Art. 28a Abs. 3 ZGB handle es sich um eine Rechtsfolgeverweisung.⁵⁹⁶ Domej nimmt jedoch an, es habe diese Frage offengelassen.⁵⁹⁷ Das Bundesgericht kommt zum Ergebnis, dass «[sich z]usammenfassend ergibt ..., dass jedenfalls nach objektiv-zeitgemäßem Verständnis allein das Moment des unrechtmässigen Eingriffs in das Persönlichkeitsrecht eines Dritten massgeblich ist und deshalb insbesondere auch diejenigen Konstellationen nach den Regeln der unechten Geschäftsführung zu beurteilen sind, bei denen der Verletzte selbst nicht tätig geworden wäre und deshalb keine eigentliche Geschäftsanmassung vorliegt».⁵⁹⁸ Setzt Artikel 423 Absatz 1 OR eine «eigentliche Geschäftsanmassung» voraus, so kann der Entscheid des Bundesgerichts – das einen Anspruch auf Gewinnherausgabe bejahte – nur mit einer Rechtsfolgeverweisung erklärt werden; sonst wären die Voraussetzungen des Artikels 423 Absatz 1 OR zu erfüllen gewesen, wobei zu diesen Voraussetzungen das Vorliegen einer «eigentlichen Geschäftsanmassung» gehört, eine solche jedoch nicht vorlag, die Voraussetzungen des Artikels 423 Absatz 1 OR also nicht erfüllt gewesen wären. Das Bundesgericht weist jedoch darauf hin, dass sich diese Voraussetzung jedenfalls nicht zwingend aus dem OR ergebe.⁵⁹⁹ Denkbar ist also auch, dass das Bundesgericht annimmt, diese Voraussetzung bestehe bei Artikel 423 OR gar nicht. Dann wäre der Entscheid auch bei Annahme einer Rechtsgrundverweisung zu erklären. Ein Teil der Lehre geht denn auch davon aus, dass die «Geschäftsanmassung» nicht 337

595 BGE 133 III 153. Immerhin enthält Art. 28a Abs. 3 ZGB nicht die Worte «nach Massgabe des Obligationenrechts» wie Art. 9 Abs. 3 UWG und andere Gesetze; INDERKUM, N 155, leitet daraus aber keinen Unterschied zwischen diesen Normen ab. Jedenfalls für die hier zu behandelnde Frage dürfte dieser Unterschied keine Rolle spielen.

596 RÜETSCHI/ROTH/FRICK, Art. 9 UWG N 122 f.

597 DOMEJ, Art. 9 UWG N 82.

598 BGE 133 III 153 Erw. 2.4 am Ende S. 159.

599 BGE 133 III 153 Erw. 2.4 S. 159 («Dass eine eigentliche Usurpation als ausschlaggebendes Wesensmerkmal der unechten Geschäftsführung vorliegen müsste, ergibt sich im Übrigen auch aus dem Obligationenrecht nicht zwingend»).

voraussetzt, dass «der Verletzte selbst tätig geworden wäre».⁶⁰⁰ Es ist also nicht klar, ob das Bundesgericht für Artikel 28a Absatz 3 ZGB von einem Rechtsfolgeverweis ausgeht.⁶⁰¹

338 Wenn man davon ausgeht, dass Artikel 28a Absatz 3 ZGB ein Rechtsfolgeverweis ist – was sich allein daraus, dass das Bundesgericht dieser Ansicht ist,⁶⁰² natürlich noch nicht ergibt –, ist damit noch nicht gesagt, dass das auch für Artikel 9 Absatz 3 UWG gilt.⁶⁰³

cc. Voraussetzungen des Gewinnherausgabeanspruchs

339 Ob es sich bei Artikel 9 Absatz 3 UWG um eine Rechtsgrund- oder um eine Rechtsfolgeverweisung handelt, ist damit also nicht geklärt.

340 Selbst wenn Letzteres zu bejahen wäre, ist damit noch nicht erkannt, was denn die Tatbestandsvoraussetzungen sind, damit die Rechtsfolge, die die verwiesene Norm vorsieht, eintritt. Denn wenn es sich bei einer Verweisung statt um eine Rechtsgrund- um eine Rechtsfolgeverweisung handelt, ist damit erst erkannt, dass diejenigen Tatbestandsvoraussetzungen, die «normalerweise» für die verwiesene Norm gelten, *nicht* gelten.⁶⁰⁴ Welche Tatbestandsvoraussetzungen aber gelten, ist damit noch nicht erkannt. Dabei muss man zudem annehmen, dass diese Tatbestandsvoraussetzungen denen, die die

600 Vgl. OBERHAMMER/FRAEFEL, Art. 62 OR N 24 («Jedenfalls abzulehnen ist die Meinung, die Rechtsposition müsse marktgängig oder ihr Eigentümer potenziell zu ihrer Kommerzialisierung bereit sein – dass eine bestimmte Rechtsposition auch sonst üblicherweise oder in concreto Gegenstand von Austauschverträgen ist, oder solches mehr oder weniger beabsichtigt ist, muss für ihren bereicherungsrechtlichen Schutz irrelevant sein»). Für das deutsche Recht zur ungerechtfertigten Bereicherung (§ 812 BGB) vgl. SCHWAB, § 812 BGB N 282 («Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Anspruchsteller die Absicht der Realisierung solcher Nutzungs- oder Verwertungsmöglichkeiten bereits selbst hatte; frühere abweichende Rechtsprechung in Bezug auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht hat der [Bundesgerichtshof] mittlerweile aufgegeben») und § 818 BGB N 106 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung. Und für das deutsche Recht über die Geschäftsanmassung (§ 687 BGB) vgl. SCHÄFER, § 687 N 15 («Ob der Geschäftsherr sein Recht im konkreten Fall kommerzialisieren, [das heisst] die Verwertung genehmigen wollte, ist ebenso irrelevant, da § 687 Abs. 2 kein quasivertragliches Rechtsinstitut ist»). Vgl. auch CANARIS, Gewinnabschöpfung, S. 89 f.

601 INDERKUM, N 410, geht für Art. 28a ZGB von der «Eingriffstheorie» aus. Das lässt sich mit einer Rechtsgrundverweisung vereinbaren, wenn bei Art. 423 Abs. 1 OR die Eingriffstheorie gilt; nicht aber, wenn dort die Zuweisungstheorie gilt. Wie es sich damit verhält, ist umstritten (vgl. vorn N 333 ff.).

602 Ob es dieser Ansicht ist, scheint wie ausgeführt nicht so klar.

603 Kritisch für eine «Übernahme» dieser Rechtsprechung zum ZGB für das UWG RÜETSCH/ROTH/FRICK, Art. 9 UWGN 122. Vgl. allerdings die BOTSCHAFT UWG 1983, S. 1074 ff., wo der Bundesrat auf die Ähnlichkeit zu Art. 28a ZGB hinweist.

604 Oder jedenfalls nicht alle oder nicht ganz in dieser Form (was genau betrachtet nichts anderes heisst, als dass einfach andere Tatbestandsvoraussetzungen bestehen).

verwiesene Norm «normalerweise» hat, ähnlich sind.⁶⁰⁵ Denn sonst hätte der Gesetzgeber nicht eine Rechtsfolgeverweisung unter Erwähnung dieser Norm gemacht, sondern einfach eine vollständige Norm⁶⁰⁶ aufgestellt mit den Tatbestandsvoraussetzungen, die er für richtig erachtet. Es bleibt also zu prüfen, welche Tatbestandsvoraussetzungen für einen Gewinnherausgabeanspruch nach Artikel 9 Absatz 3 UWG bestehen.⁶⁰⁷

Nach Schmid ist zu fordern, dass «der Eingriff die Rechtsstellung der verletzten Person in spezieller Weise betrifft, indem er in besonderer Nähe zum Vermögen oder zu Vermögensaussichten des Betroffenen steht. Das unlautere Verhalten muss sich mit anderen Worten zwar nicht auf subjektive Ausschliesslichkeitsrechte, aber doch auf eine fremde «Geschäftssphäre» beziehen, welche sich (hinsichtlich des erzielten oder erzielbaren Ertrages) dem Betroffenen mit einer gewissen Intensität zuordnen lässt. Die Geschäftshereignisart ist in dieser Weise von der allgemeinen «Betroffenheit» aller beteiligten Marktteilnehmer zu unterscheiden.»⁶⁰⁸ Er geht aber selber davon aus, dass für einen Anspruch des Kunden (Artikel 10 UWG) kein Anwendungsfall für den Artikel 423 OR ersichtlich sei, auch nicht Artikel 8 UWG.⁶⁰⁹ Auch die von Domej angeführten Beispiele⁶¹⁰ führen Artikel 8 UWG nicht auf; sie geht vielmehr davon aus, dass Gewinnherausgabeansprüche und Bereicherungsansprüche regelmässig ausscheiden dürften.⁶¹¹

IV. Zwischenergebnis

Ansprüche aufgrund der Artikel 41, 62 ff. und 423 Absatz 1 OR bestehen nicht. Zunächst bestehen kein Schaden, keine Bereicherung und kein Gewinn. Ansprüche aus Bereicherungsrecht und Geschäftsanmassung bestehen weiter deshalb nicht, weil Artikel 8 UWG keine Rechtsposition zuweist.

605 Insofern stellt wohl jede Rechtsfolgeverweisung (nur) «zum Teil einen Rechtsfolgeverweis dar» (SPITZ, Art. 9 UWG N 194). Denn die Tatbestandsmerkmale der verwiesenen Norm beeinflussen doch auch die Antwort auf die Frage, was die Tatbestandsvoraussetzungen für die verwiesene Rechtsfolge sind, auch wenn sich diese grundsätzlich aus der verweisenden Norm ergeben.

606 Vgl. KARPEN, S. 28 f.

607 Wenn man annimmt, diese seien nicht die gleichen wie die nach Art. 423 Abs. 1 OR. Ob das der Fall ist, muss hier nicht beantwortet werden, da auch – wie sich zeigen wird – ein «besonderer» Gewinnherausgabeanspruch nach Art. 9 Abs. 3 UWG keinen Einfluss darauf hat, was die vertragliche Rechtsfolge der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen ist.

608 SCHMID, Geschäftsführung, N 1083.

609 SCHMID, Geschäftsführung, N 1096.

610 Vorn N 331 (DOMEJ, Art. 9 UWG N 101).

611 DOMEJ, Art. 10 UWG N 12.

V. Subjektive Momente bei der Bestimmung der Rechtsfolge?

- 343 Ein Teil der Lehre und auch das Bundesgericht gehen davon aus, ein Anspruch auf Gewinnherausgabe bestehe nur bei bösem Glauben.⁶¹² Ist das der Fall, könnte Artikel 423 Absatz 1 OR Grundlage sein für die Annahme, die vertragliche Rechtsfolge der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen hänge vom Wissen oder Willen des AGB-Verwenders oder anderen subjektiven Momenten ab.⁶¹³
- 344 Da aber ein Gewinnherausgabeanspruch bei Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen schon deshalb nicht besteht, weil die objektiven Tatbestandsvoraussetzungen nicht erfüllt sind, spielt es keine Rolle, ob dieser Anspruch zudem subjektive Tatbestandsvoraussetzungen hat.

§15 Artikel 2 ZGB

- 345 Denkbar ist, dass sich aus dem Gebot des Handelns nach Treu und Glauben und dem Rechtsmissbrauchsverbot eine Antwort auf die Frage nach dem Umfang der Unwirksamkeit eines Vertrages ergibt, der unter Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen geschlossen wurde.

I. Artikel 2 Absatz 1 ZGB

- 346 «Jedermann hat in der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln.»⁶¹⁴

612 So SPITZ, Art. 9 UWG N 209, mit zahlreichen Hinweisen (Fn. 485). Zur Frage, worauf genau sich die subjektiven Momente beziehen müssen, vgl. DOMEJ, Art. 9 UWG N 78. Differenzierend aber VOGT, Sonderzivilrecht, S. 255: «Zwar ist der Verletzerzuschlag keine Pönalisierung, doch ist auch im Immaterialgüterrecht – gleich wie im «allgemeinen Privatrecht» – die Nachteilsliquidation grundsätzlich verschuldensabhängig ausgestaltet. Für die Vorteilsabgeltung, der der Verletzerzuschlag ebenfalls dient, trifft dies allerdings nicht zu.» Kritisch zum Erfordernis der Bösgläubigkeit auch TSCHANNEN E., S. 240, mit Verweis auf einen «Property-rights-Ansatz».

613 Vgl. dazu den Entscheid des Bundesgerichts vom 18. Dezember 2008 im Verfahren 4A_404/2008, Erw. 5.6.3.2.1: Wenn «in einer Weise erheblich von der gesetzlichen Ordnung abgewichen wird, dass die Vermutung nahe liegt, es werde damit gezielt der Schutzzweck derselben unterlaufen».

614 Art. 2 Abs. 1 ZGB. Vgl. im Zusammenhang mit dem UWG nur das Votum SCHNEIDER-AMMANN, AB-NR 2011 I (Frühjahrssession), S. 228: «Der Grundsatz von Treu und Glauben beherrscht als Leitmotiv die gesamte Rechtsordnung. Er findet seine Grundlage in Artikel 2 Absatz 1 ZGB ... Die Generalklausel des UWG übernimmt diesen Grundsatz, der in diesem Rahmen besagt, dass sich das Wettbewerbsverhalten nach diesem Massstab auszurichten hat. Auch wenn man im Wettbewerbskampf steht, gelten auf der Basis von Treu und Glauben Fairnessregeln.»

1. Vertragsschluss als Treuwidrigkeit

a. Allgemeines

Artikel 8 UWG erfasst das «Verwenden» missbräuchlicher Geschäftsbedingungen. «Verwenden» ist jedenfalls⁶¹⁵ das Schliessen eines Vertrages. Doch «[können] in einem System der Vertragsfreiheit ... die Parteien vertragliche Rechte und Pflichten grundsätzlich frei vereinbaren. Dies gilt auch, wenn die Vereinbarung nicht individuell, sondern in Form von AGB geschlossen wird.»⁶¹⁶ Das Bundesgericht hat denn auch allgemeine Geschäftsbedingungen zwar einer «verdeckten Inhaltskontrolle» unterworfen, ihre grundsätzliche Zulässigkeit und Gültigkeit aber nicht infrage gestellt;⁶¹⁷ das ist ja erst der Grund, dass der Gesetzgeber mit Artikel 8 UWG eine Kontrolle von allgemeinen Geschäftsbedingungen geschaffen hat.

Das «Verwenden» von allgemeinen Geschäftsbedingungen ist also nicht an sich treuwidrig. Das ergibt sich schon aus Artikel 8 UWG *e contrario*, der eben erst das Verwenden *missbräuchlicher* Geschäftsbedingungen unzulässig macht. Dies jedenfalls, wenn man annimmt, dass nicht (im Sinne von Artikel 2 Absatz 1 ZGB) treuwidrig sein kann, was das Gesetz nicht nur nicht verbietet, sondern mit Artikel 8 UWG nunmehr ausdrücklich erlaubt. Dafür, den AGB-Verwender schlechter zu stellen als andere Vertragsparteien, die unzulässige Verträge abschliessen, gibt Artikel 2 Absatz 1 ZGB also keine Grundlage. Können allgemeine Geschäftsbedingungen nicht als solche als treuwidrig betrachtet werden, können sie auch nicht schon grundsätzlich der Rechtsfolge des Artikel 2 Absatz 1 ZGB – zum Beispiel der Unwirksamkeit des Vertrages⁶¹⁸ – «verfallen», soweit sie zulässig sind (worauf eine erweiterte Unwirksamkeit ja hinauslaufen würde).

615 Zur Frage, ob «Verwenden» auch anderes erfasst als das «Vertrags-Schliessen», vorn Fn. 63.

616 THOUVENIN, Art. 8 UWG N 100.

617 Vgl. dazu und zu den Voraussetzungen im Einzelnen nur ZELLWEGER-GUTKNECHT/BUCHER, Art. 1 OR N 52 ff. Die grundsätzliche Geltung von AGB ergibt sich schon aus Art. 33 VVG, der namentlich Bestimmungen über die Versicherungsdeckung in AGB (oder «AVB» [«Allgemeinen Versicherungsbedingungen»]) enthält (zu diesem im Zusammenhang mit AVB FUHRER, Art. 33 VVG N 4 ff.). Damit ist implizit gesagt, dass AGB grundsätzlich zulässig und wirksam sind. Zu aufsichtsrechtlichen Regeln und Instrumenten betreffend AGB vgl. ebd., N 209 und N 245; auch sie setzen die grundsätzliche Zulässigkeit und Wirksamkeit von AGB voraus und implizieren diese damit. Vgl. zum VAG in diesem Zusammenhang auch HEISS, UWG-Kommentar, Art. 8 UWG N 54 ff. Für einen Anwendungsfall vgl. BGE 124 III 229.

618 Ob das die Rechtsfolge des Art. 2 Abs. 1 ZGB ist, ergibt sich jedenfalls aus dessen Wortlaut nicht. Es wird hier einmal angenommen. Denkbar wäre aber auch eine Schadenersatzpflicht. Vgl. dazu hinten N 371 ff.

349 Treuwidrig (weil rechtswidrig) handelt aber möglicherweise, wer *missbräuchliche* Geschäftsbedingungen verwendet. Das bleibt zu prüfen.⁶¹⁹

b. Notwendigkeit einer «rechtlichen Sonderverbindung»

350 Nach dem Wortlaut von Artikel 2 Absatz 1 ZGB hat «[j]edermann» *in der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten* nach Treu und Glauben zu handeln.

351 «Beim Gebot des Handelns nach Treu und Glauben [also bei Artikel 2 Absatz 1 ZGB] geht es um einen Appell an das Gewissen von Leuten, die in einer rechtlichen (vertraglichen oder gesetzlichen) Beziehung zueinander stehen. ... Jede Partei verspricht der anderen, dass sie der eingegangenen Verpflichtung treu bleiben und sie erwartungsgemäss erfüllen wird.»⁶²⁰ «Art. 2 bezieht sich in der Hauptanwendung auf bereits bestehende oder angebaute Rechtsbeziehungen, deren Inhalt näher ausgeformt und deren Schranken festgelegt werden. Er setzt eine rechtliche Sonderverbindung ... voraus.»⁶²¹ Das «Konzept» von Artikel 2 (wohl: Absatz 1) ZGB «weist die Vorschrift dem Vertragsrecht zu; denn es setzt bereits bestehende vertragliche Rechte und Pflichten voraus.»⁶²² Das Gebot des Handelns nach Treu und Glauben, wie es sich aus Artikel 2 Absatz 1 ZGB ergibt, setzt also eine «Sonderverbindung» voraus. Dabei gilt zwar das Gebot des Handelns nach Treu und Glauben «auch [für] unmittelbar gesetzlich (und nicht rechtsgeschäftlich) begründete Rechte und Pflichten».⁶²³ Gleichzeitig gilt es aber wohl doch *nur* für solche.⁶²⁴

352 Nach Baumann hingegen «ist Art. 2 Abs. 1 ZGB eine allgemeine Verhaltensnorm».⁶²⁵ Es genüge eine «rechtlich relevante Beziehung», die sich «aus

619 Dazu hinten N 370. Ob die Rechtsfolge des Art. 2 Abs. 1 ZGB dann aber die AGB auch soweit erfasst, wie sie nicht missbräuchlich sind, wäre auch damit noch nicht gesagt.

620 CARONI, Einleitungsartikel, S. 192.

621 MERZ, Art. 2 ZGB N 34; vgl. dort auch den Hinweis, dass das (damalige) UWG keine solche Sonderverbindung begründete.

622 HONSELL, BaKomm, Art. 2 ZGB N 23.

623 MERZ, Art. 2 ZGB N 19.

624 Für die Vertrauenshaftung – als zumindest eine der aus Art. 2 Abs. 1 ZGB sich ergebenden «Haftungs-Figuren» – vgl. BGE 130 III 345 Erw. 2.2 S. 350: «Die Haftung aus erwecktem und enttäuschem Vertrauen setzt voraus, dass die Beteiligten in eine so genannte «rechtliche Sonderverbindung» zueinander getreten sind, welche erst rechtfertigt, die aus Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) hergeleiteten Schutz- und Aufklärungspflichten greifen zu lassen.»

625 BAUMANN, Art. 2 ZGB N 14(a), mit Verweis auf BGE 116 Ia 162 Erw. 2.c S. 169, in dem das Bundesgericht im Zusammenhang mit der Frage nach der Kostenaufgabe an einen Freigesprochenen die Art. 2 Abs. 1 und 2 ZGB als Schutznormen im Sinne des Art. 41 Abs. 1 OR bezeichnete. Vgl. auch N 11.

der unmittelbaren oder mittelbaren Beziehungsnähe der Parteien als auch aus einem gemeinsamen «funktionalen Objektbezug» ergeben» kann.⁶²⁶

Er weist auf drei «Fallgruppen» hin, «in welchen man nicht von einer «Verbindung» und schon gar nicht von einer «besonderen» Verbindung sprechen sollte, nämlich (a) im Bereich vor der Entstehung einer rechtsgeschäftlichen Bindung», worunter er insbesondere die *culpa in contrahendo* erfasst; weiter «(b) im Bereich der sogenannten Nebenpflichten» und «(c) im Bereich, wo die für eine «Sonderverbindung» ... geschaffene Regel wegen wesentlicher Veränderung der tatsächlichen Grundlagen nicht mehr angewendet werden kann oder soll», worunter er insbesondere die *clausula rebus sic stantibus* erfasst.⁶²⁷

Die *culpa in contrahendo* als «Vorwirkung» der (beabsichtigten) «Sonderverbindung» – zum Beispiel im Sinne eines «Verhandlungsvertrages» – lässt sich mit Artikel 1 OR – der unbestrittenermassen eine «rechtliche Sonderverbindung» vorsieht, nämlich einen Vertrag – wohl einigermassen zwanglos vereinbaren, sodass auch hier von einer Sonderverbindung ausgegangen werden kann.⁶²⁸

Nebenpflichten betreffen gerade eine «rechtliche Sonderverbindung», nämlich einen Vertrag; dass dessen Inhalt sich aus Treu und Glauben – und

626 BAUMANN, Art. 2 ZGB N 6 Abs. 2.

627 BAUMANN, Art. 2 ZGB N 12.

628 Vgl. HONSELL, BaKomm, Art. 2 ZGB N 17, wonach «sich aus dem Verhandlungsverhältnis als rechtlicher Sonderbeziehung eine Reihe aus dem Grundsatz von Treu und Glauben abgeleiteter Pflichten ergeben». Ob man bereits von einem «Verhandlungsvertrag» – aus dem sich dann wohl auch positive Erfüllungspflichten ergeben könnten – ausgehen sollte, ist hier nicht zu untersuchen (vgl. Art. 22 OR, und dazu ZELLWEGE-GUTKNECHT, Art. 22 OR N 23 und N 26, die in der *culpa in contrahendo* immerhin eine «sachliche Nähe zum Vorvertrag» sieht; BUCHER, Vorvertrag, S. 170 f., grenzt die *culpa in contrahendo* hingegen gerade ab vom Vorvertrag). Dennoch basiert Art. 1 OR auf der Wertung, dass Private aufgrund vertrauenserweckenden Verhaltens – eben namentlich «übereinstimmende[r] gegenseitige[r] Willensäusserungen» – zu einem entsprechenden Verhalten verpflichtet sein können; es liegt daher nicht fern, schon durch Begründung eines «Verhandlungsverhältnisses» eine solche Pflicht eintreten zu lassen und deshalb das Verhandlungsverhältnis als «vertragsähnlich» und damit als «rechtliche Sonderbeziehung» zu betrachten. So regelt das BGB die *culpa in contrahendo* in § 311 Abs. 2 (dazu EMMERICH, § 311 BGB N 35) unter der Überschrift «Rechtsgeschäftliche und rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnisse» (kritisch zu dieser «Einordnung» allerdings N 41). Kritisch zur Annahme eines Vertragsverhältnisses aber schon RGZ 78 S. 239 ff. S. 241 («Auf die rechtlich bedenklichen Ausführungen des Berufungsgerichts, dass schon durch den Eintritt eines Kauflustigen oder gar eines Besuchers ohne bestimmte Kaufabsicht in ein Warenhaus ein Vertragsverhältnis zwischen ihm und dem Warenhausinhaber geschlossen werde, das die mehrerwähnten Sorgfaltspflichten zum Gegenstande habe, braucht hiernach nicht eingegangen zu werden»); zu diesem Entscheid hinten N 366.

nicht unmittelbar aus der vertraglichen Einigung – ergibt, ändert nichts daran, dass sie nur bestehen, wo ein Vertrag (oder eine sonstige rechtliche Sonderverbindung) besteht.⁶²⁹

356 Und die *clausula rebus sic stantibus* kommt gerade dann «zum Zug», wenn zwischen den Parteien ein Vertrag – also eine «rechtliche Sonderverbindung» – besteht. Ob dabei angenommen wird, dass eine Partei nach Treu und Glauben verpflichtet ist, den Vertrag neu zu verhandeln, oder dass sie (ähnlich Artikel 2 Absatz 2 ZGB) verpflichtet ist, gewisse vertragliche Rechte nicht durchzusetzen, oder man ob (in Auslegung oder Ergänzung des Vertrages nach Treu und Glauben) annimmt, es bestehe ein ungeschriebener Abänderungsvorbehalt im Vertrag, spielt dafür keine Rolle.⁶³⁰

357 Die von Baumann aufgeführten Fallgruppen zwingen also nicht dazu, Artikel 2 Absatz 1 ZGB auch ausserhalb rechtlicher Sonderverbindungen anzuwenden.⁶³¹ Hier wird deshalb angenommen, dass dieses Erfordernis besteht.

358 Eine rechtliche Sonderverbindung begründet das UWG nicht. Denn «ein Wettbewerbsverhältnis [beziehungsweise] eine existierende Beziehung [ist] für die Anwendung des UWG ... nicht vorausgesetzt».⁶³² Nicht immer, wenn

629 Vgl. WALTER, Vertrauenshaftung, S. 279.

630 Zur dogmatischen Grundlage der *clausula rebus sic stantibus* vgl. die in BGE 127 III 300 Erw. 5. b S. 304 f. Zitierten.

631 Geht man aber davon aus, Art. 2 Abs. 1 ZGB verlange eine rechtliche Sonderverbindung und eine solche liege in diesen Fällen nicht vor, wäre allerdings die Annahme naheliegend, dass Art. 2 Abs. 1 ZGB diese Fälle schlicht nicht regelt (und, wenn keine andere Norm sie regelt, sie nicht [so] geregelt sind, wie angenommen wird). Denn daraus, dass die aufgezählten «Fallgruppen» wünschbar erscheinen mögen, kann sich natürlich nicht ergeben, was der Inhalt von Art. 2 Abs. 1 ZGB ist. Im Grundsatz sind diese Figuren aber unbestritten. Gerade bei einer Generalklausel scheint es denn auch nicht unzulässig, ihren Inhalt anhand der Fälle zu bestimmen, die man durch sie geregelt haben möchte (statt dass man zuerst nach dem Inhalt der Norm fragt und dann, ob ein bestimmter Fall von ihr erfasst ist). Das dürfte auch dem Willen des Gesetzgebers entsprechen, der mit einer Generalklausel eher auf ein bestimmtes Ergebnis zielt – hier: das treumässige Verhalten bei der Ausübung von Rechten und der Erfüllung von Pflichten, also wohl «im Umfeld» von Sonderbeziehungen – und das «Erarbeiten» der genauen Tatbestandsvoraussetzungen der Lehre und Praxis überlässt. Denkbar ist im Übrigen, dass nicht mehr als ein Unterschied in den Begriffen besteht. Denn wann genau eine «rechtliche Sonderverbindung» besteht, ist ja nicht von vornherein definiert; namentlich, ob sich diese von einer «rechtlich relevanten Beziehung» (wie sie Baumann, vorn N 352, genügen lassen will) unterscheidet, ist wohl offen.

632 FERRARI HOFER, Art. 2 UWG N 37. Vgl. (für das frühere UWG) auch MERZ, Art. 2 ZGB N 34 am Ende. Anders aber BAUMANN, Art. 2 ZGB N 30 Abs. 2. Auch nach HEISS, Art. 8 UWG N 217, «verpflichten Treu und Glauben den Verwender von AGB, auf die Interessen der Konsumentinnen und Konsumenten Rücksicht zu nehmen». Immerhin weist BAUMANN, Art. 2 ZGB N 8 Abs. 3, darauf hin, dass Art. 2 ZGB «keine Sozialschutznorm [ist], die generell zum Schutze der jeweils schwächeren Partei herangezogen werden könnte oder sollte». Art. 2 Abs. 1 ZGB ist also nicht schon deshalb beim «Verwenden» von allgemeinen Geschäftsbedingungen zu beachten.

das UWG zur Anwendung kommt, besteht also eine rechtliche Sonderverbindung. Aus Artikel 2 Absatz 1 ZGB ergibt sich damit keine Pflicht des AGB-Verwenders, sich nach Treu und Glauben zu verhalten;⁶³³ damit tritt auch nicht die Rechtsfolge des Artikels 2 Absatz 1 ZGB ein, wenn er das nicht tut.

c. Besonderheit bei Artikel 8 UWG?

Denkbar ist, dass Artikel 8 UWG – in Abweichung von Artikel 2 Absatz 1 ZGB – 359 jeden (im «Umfeld» des Abschlusses von Verträgen unter Verwendung von allgemeinen Geschäftsbedingungen) verpflichtet, sich nach Treu und Glauben zu verhalten. Artikel 8 UWG kann – in Abweichung von Artikel 2 ZGB – eine allgemeine Pflicht aufstellen, sich treugemäss zu verhalten. Doch ist das Tatbestandsmerkmal des Artikels 8 UWG eher nach Artikel 2 ZGB als nach Artikel 2 UWG zu verstehen.⁶³⁴ Ist das der Fall, müsste man wohl annehmen, dass auch Artikel 8 UWG eine rechtliche Sonderverbindung voraussetzt.

Aus systematischer Sicht ist die Annahme, die Pflicht zum Verhalten nach 360 Treu und Glauben des Artikels 8 UWG sei etwas anderes als diejenige nach Artikel 2 Absatz 1 ZGB, eher abzulehnen. Denn gleiche Tatbestandsmerkmale sind gleich auszulegen.⁶³⁵ Das entspricht dem allgemeinen Gleichbehandlungsgebot von Artikel 8 Absatz 1 BV. Dieses fordert jedoch nicht nur eine Gleichbehandlung von Gleichem, sondern auch eine Ungleichbehandlung von Ungleichen.⁶³⁶ Die Annahme, dass Artikel 8 UWG eine Pflicht zum Verhalten nach Treu und Glauben unter anderen (geringeren) Voraussetzungen fordert als Artikel 2 Absatz 1 ZGB, ist aus verfassungsrechtlicher Sicht also

633 Auch «ausserhalb» von Art. 2 Abs. 1 ZGB haben die Privaten aufeinander Rücksicht zu nehmen. Der Massstab dafür ergibt sich aber nicht aus Art. 2 Abs. 1 ZGB. Vgl. zu den allgemeinen Verhaltensregeln WALTER, Vertrauenshaftung, S. 278: «Gegenstand des ausservertraglichen Haftpflichtrechts ist die Abgrenzung offener Rechtssphären oder Freiheitsräume nach dem Massstab eines aus der allgemeinen Widerrechtlichkeit oder den guten Sitten gewonnenen ethischen Minimums.» Auch damit ist ein treuwidriges Verhalten wohl nicht erlaubt (vgl. nur Art. 41 Abs. 2 OR). Dennoch wird im Folgenden der Einfachheit halber jeweils ausgeführt, jemand sei nicht verpflichtet, sich nach Treu und Glauben zu verhalten; auch wenn damit nur gemeint ist, dass er lediglich nicht verpflichtet ist, sich nach demjenigen (relativ strengen) Massstab von Treu und Glauben zu verhalten, der sich aus Art. 2 Abs. 1 ZGB ergibt.

634 HEISS, Art. 8 UWG N 214. Vgl. THOUVENIN, Art. 8 UWG N 105; allerdings N 107, wonach «sich die inhaltliche Konkretisierung des Begriffs von Treu und Glauben am Gehalt des Rechtsmissbrauchsverbots orientieren [kann]», also an Art. 2 Abs. 2 ZGB, und dazu wiederum (kritisch) HEISS, Art. 8 UWG N 215.

635 BGE 118 II 50 Erw. 3.a Abs. 2 S. 53. Vgl. allerdings zur «Relativität der Rechtsbegriffe» KRAMER, Methodenlehre, S. 69 ff., und für Art. 66 OR RÜEDI, Art. 66 OR N 39 und N 352.

636 Das Gleichbehandlungsgebot ist verletzt, wenn «Gleiches nicht nach Massgabe seiner Gleichheit gleich oder Ungleiches nicht nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt wird» (WALDMANN, Art. 8 BV N 29).

dann berechtigt – und könnte deshalb in verfassungskonformer Auslegung angenommen werden –, wenn «ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen» vorliegt.⁶³⁷

361 Allgemeine Geschäftsbedingungen beinhalten ein Missbrauchspotenzial,⁶³⁸ denn wie bereits erwähnt wird der AGB-Verwender oft in der Lage sein, das Vereinbarte durchzusetzen, auch wenn Artikel 8 UWG verletzt ist (namentlich wegen der «rationalen Apathie»). Das mag aus Sicht des Gleichbehandlungsgrundsatzes genügen, um «AGB-Verwender» gegenüber sonstigen Privaten – oder gegenüber Privaten «ausserhalb» des «Umfelds» von allgemeinen Geschäftsbedingungen – (die eben keine allgemeine Pflicht zum Verhalten nach Treu und Glauben trifft) ungleich zu behandeln.⁶³⁹ Das spricht eher für die Annahme, dass Artikel 8 UWG eine *allgemeine* Pflicht, sich nach Treu und Glauben zu verhalten, aufstellt.

362 Zudem wäre es überflüssig gewesen, in Artikel 8 UWG eine allgemeine Regel aufzunehmen, die sich schon aus Artikel 2 Absatz 1 ZGB ergibt. Aus dieser Sicht spricht die systematische Auslegung gerade dafür, dieses Tatbestandsmerkmal anders zu verstehen als das von Artikel 2 Absatz 1 ZGB. Zudem ergibt sich aus dem Wortlaut des Artikels 8 UWG eine Voraussetzung einer rechtlichen Sonderverbindung nicht (während in Artikel 2 Absatz 1 ZGB «Rechte» und «Pflichten» erwähnt werden, was man zwanglos als *vorbestehende* Rechte und Pflichten verstehen kann).

363 Aus der Entstehungsgeschichte wird allerdings gefolgert, dass das Tatbestandsmerkmal von «Treu und Glauben» nicht primär eine Verhaltenspflicht ist, sondern (mit-)bestimmt, wann ein «erhebliches Missverhältnis» vorliegt.⁶⁴⁰

637 Dieses Erfordernis für eine Ungleichbehandlung in BGE 138 I 321 Erw. 3.2 S. 324.

638 THOUVENIN, Art. 8 UWG N 8 ff.

639 Dass es geradezu geboten ist, sie ungleich zu behandeln, ist damit nicht gesagt (und auch nicht, dass der Gesetzgeber das getan hat). Es dürfte ein grosser Raum bestehen, in dem dem Gesetzgeber eine Entscheidungsfreiheit zusteht. Notwendig dafür, dass es zulässig ist, dass «ein Erlass hinsichtlich einer entscheidungswesentlichen Tatsache rechtliche Unterscheidungen trifft», ist denn auch nur, dass dafür «ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen ... ersichtlich ist» (BGE 138 I 321 Erw. 3.2 S. 324). Trotz Art. 190 BV gilt das auch für den Bundesgesetzgeber.

640 Vgl. PROBST, SHK, Art. 8 UWG N 279 ff. Schon «der Bundesrat [hatte] in erster Linie eine differenzierte Beurteilung der Missbräuchlichkeit von AGB nach Massgabe der Geschäfts(un)erfahrenheit und Rechts(un)kundigkeit des AGB-Übernehmers ... im Auge» (N 279). Aufgrund der Änderungen durch das Parlament schlägt er nun vor: «Als treuwidrig im Sinne von Art. 8 UWG (2011) ist eine für den AGB-Übernehmer (Konsumenten) nachteilige AGB dann zu betrachten, wenn der AGB-Verwender als loyaler Vertragspartner nach Treu und Glauben nicht annehmen darf, dass der AGB-Übernehmer diese Bestimmung auch dann akzeptieren würde [beziehungsweise] akzeptiert hätte, wenn sie nicht einseitig vorgegeben, sondern individuell verhandelbar gewesen wäre.» (N 280).

Das entspricht auch dem Gesetzestext. Nach diesem handelt nicht unlauter, «wer *in Treu und Glauben verletzender Weise* allgemeine Geschäftsbedingungen *verwendet*», also auf eine bestimmte Art handelt; sondern es handelt unlauter, «wer allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die *in Treu und Glauben verletzender Weise ... ein ... Missverhältnis ... vorsehen*». Nicht sein Verhalten muss der AGB-Verwender also nach Treu und Glauben ausrichten, sondern den Inhalt der von ihm verwendeten AGB.⁶⁴¹

Es ist also denkbar – wenn auch nicht zwingend –, dass Artikel 8 UWG ³⁶⁴ allgemein – und nicht nur bei Vorliegen einer rechtlichen Sonderverbindung⁶⁴² – verlangt, dass die Parteien (oder jedenfalls der AGB-Verwender) sich nach Treu und Glauben verhalten (verhält). Artikel 8 UWG würde dann verlangen, «dass der AGB-Verwender bei der Formulierung seiner AGB den berechtigten Interessen der Konsumenten Rechnung tragen muss».⁶⁴³ Da sich aber aus der Rechtsfolge von Artikel 2 Absatz 1 ZGB (der dann hier im Sinne einer Rechtsfolgeverweisung zur Anwendung käme) ohnehin nicht ergibt, dass vertragliche Rechtsfolge der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen eine erweiterte Unwirksamkeit ist, kann dies offenbleiben.

d. Sonderverbindung bei Vertragsverhandlungen

Es ist also unklar, ob Artikel 8 UWG eine allgemeine Pflicht zu treumässigem ³⁶⁵ Verhalten aufstellt. Nimmt man an, dass das nicht der Fall ist, bleibt zu prüfen, ob bei der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen aus anderen Gründen eine rechtliche Sonderverbindung besteht. «Auf Art. 2 Abs. 1 lässt sich auch die culpa in contrahendo (...) stützen (...). Dabei wird angenommen, dass sich aus dem Verhandlungsverhältnis als rechtlicher Sonderbeziehung eine Reihe aus dem Grundsatz von Treu und Glauben abgeleiteter Pflichten ergeben, etwa Aufklärungs-, Informations-, Schutz- und Mitwirkungspflichten.»⁶⁴⁴

In der deutschen höchstrichterlichen Rechtsprechung nahm die *culpa in* ³⁶⁶ *contrahendo* mit dem «Linoleumrollen-Entscheid» ihren Anfang.⁶⁴⁵ In diesem Entscheid nahm das deutsche Reichsgericht «ein den Kauf vorbereitendes Rechtsverhältnis zwischen den Parteien» an, «das einen vertragsähnlichen Charakter trägt und insofern rechtsgeschäftsähnliche Verbindlichkeiten

641 Vgl. dazu mit Hinweis auf das frühere Recht PROBST, SHK, Art. 8 UWG N 376 f.

642 Man kann allerdings auch annehmen, dass zwar eine rechtliche Sonderverbindung weiterhin gefordert ist, Art. 8 UWG für das «Umfeld» der Verwendung von AGB aber eine solche gerade *schafft*. Ob es das eine oder das andere ist, spielt aber keine Rolle.

643 THOUVENIN, Art. 8 UWG N 108. Was das im Einzelfall heisst, muss hier offenbleiben; für das deutsche Recht vgl. NICKEL, S. 122 Fn. 242, mit weiteren Hinweisen.

644 HONSELL, BaKomm, Art. 2 ZGB N 17.

645 ZELLWEGER-GUTKNECHT, Einleitung vor Art. 1 ff. OR N 91.

erzeugt hat, als dem Verkäufer wie dem Kauflustigen die Pflicht erwuchs, bei der Vorlegung und Besichtigung der Ware die gebotene Sorgfalt für die Gesundheit und das Eigentum des andern Teiles zu beobachten»⁶⁴⁶. Heute gilt (auch in der Schweiz) nicht grundsätzlich etwas anderes.⁶⁴⁷ «Die Haftung aus culpa in contrahendo beruht auf der Überlegung, dass die Parteien sich während der Vertragsverhandlungen nach Treu und Glauben zu verhalten haben.»⁶⁴⁸

367 Aus Artikel 2 Absatz 1 ZGB ergibt sich also dann eine Pflicht zum Verhalten nach Treu und Glauben – da dann eine rechtliche Sonderverbindung besteht –, wenn sich die (späteren) Parteien eines Vertrages, der unter Verwendung von allgemeinen Geschäftsbedingungen geschlossen werden soll, in einem solchen «den Vertrag vorbereitenden Rechtsverhältnis» befinden. Allgemeine Geschäftsbedingungen werden jedoch nicht ausgehandelt.⁶⁴⁹ Vertragsverhandlungen, während deren «die Parteien sich ... nach Treu und Glauben zu verhalten haben»,⁶⁵⁰ finden also nicht statt. Und zwar – wenn auch nicht notwendigerweise, so wohl doch regelmässig – auch nicht betreffend die Hauptleistungspflichten,⁶⁵¹ insbesondere bei Konsumentenverträgen, auf die Artikel 8 UWG schon nach seinem Wortlaut beschränkt ist. Wenn es für die Annahme eines «den Vertrag vorbereitenden Rechtsverhältnisses» genügen soll, dass der Vertrag in den Geschäftsräumen des AGB-Verwenders geschlossen wird (so im «Linoleumrollen-Fall»), wäre eine Pflicht des AGB-Verwenders zum Verhalten nach Treu und Glauben zumindest dann denkbar, wenn der «AGB-Vertrag» in den Geschäftsräumen des AGB-Verwenders geschlossen wird. Auch in solchen Fällen dürfte sich die Pflicht des AGB-Verwenders aber auf Gefahren erstrecken, die sich gerade aus der Anwesenheit

646 RGZ 78 S. 239 ff. S. 240.

647 Dazu, dass dieser Entscheid eine culpa in contrahendo anerkannt habe, BUCHER, Vertrauenshaftung, S. 238 f.; zur Bedeutung und Wirkung dieses Entscheids für die Schweiz S. 244 ff.

648 BGE 105 II 75 Erw. 2.a S. 79. Zuletzt BGE 140 III 200.

649 Nach HEISS, Art. 8 UWG N 75, müssen sie «[v]orformuliert» sein (oder «zum Voraus formuliert», Titel vor N 75 ff.), also «nicht individuell ausgehandelt» (N 75); zur «Abgrenzung zur Individualvereinbarung» vgl. N 80 ff. Nach § 305 Abs. 1 BGB «[sind] Allgemeine Geschäftsbedingungen ... alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags stellt»; im Gegenzug «[liegen] Allgemeine Geschäftsbedingungen ... nicht vor, soweit die Vertragsbedingungen zwischen den Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt sind». Vgl. auch § 305b BGB zum «Vorrang der Individualabrede».

650 BGE 105 II 75 Erw. 2.a S. 79.

651 Zur Frage, ob auch «Klauseln, die den Hauptgegenstand des Vertrages bzw. das Synallagma betreffen», Art. 8 UWG unterstehen, HEISS, Art. 8 UWG N 163 ff.

des Kunden im Geschäft ergeben.⁶⁵² Auf den Inhalt des Vertrages hat eine solche Anwesenheit keinen Einfluss. Es wäre denn auch kaum einzusehen, weshalb in allgemeinen Geschäftsbedingungen mehr oder weniger zulässig sein soll, je nachdem, ob der Vertrag in den Räumen des AGB-Verwenders geschlossen wurde. Ein AGB-Verwender und ein Konsument stehen also jedenfalls im Normalfall nicht in einer «rechtlichen Sonderverbindung».

Geht man doch davon aus, dass der AGB-Verwender sich nach Treu und Glauben zu verhalten hat, stellt sich die Frage nach dem Mass: «In welchem Masse die Parteien einander gegenseitig aufzuklären haben, entscheidet sich nicht allgemein, sondern hängt von den Umständen des einzelnen Falles, namentlich von der Natur des Vertrages, der Art, wie sich die Verhandlungen abwickeln, sowie den Absichten und Kenntnissen der Beteiligten ab.»⁶⁵³ Und was für die Pflicht zur Aufklärung gilt, muss auch für andere Pflichten, die im Rahmen von Vertragsverhandlungen bestehen sollen, gelten. Wie erwähnt ist die «Verhandlungs-Intensität» bei Verträgen, die unter Verwendung allgemeiner Geschäftsbedingungen geschlossen wurden – und insbesondere bei den allgemeinen Geschäftsbedingungen selber –, gering, sodass auch die Pflichten zur Rücksichtnahme relativ gering sind.⁶⁵⁴

e. Zwischenergebnis

Aufgrund von Artikel 2 Absatz 1 ZGB ergibt sich keine oder nur eine sehr geringe Pflicht des AGB-Verwenders, sich nach den Massstäben dieser Bestimmung zu verhalten. Ob sich dies aus Artikel 8 UWG ergibt, ist aufgrund seiner Entstehungsgeschichte eher zweifelhaft.

f. Missbräuchliche Geschäftsbedingungen als treuwidriges Verhalten

Das Verwenden von allgemeinen Geschäftsbedingungen ist also nicht treuwidrig (weil es keinen allgemeinen Treuepflichten [vgl. Artikel 41 Absatz 1 OR] widerspricht und weil keine erhöhten Treuepflichten [Artikel 2 Absatz 1 ZGB] bestehen [und es auch diesen nicht widersprechen würde]); das Verwenden

652 Das Bundesgericht hat denn eine Haftung gegenüber «Besuchern eines Verkaufslokals [für] ... jenseits der [Ausgangs-]Türe lauende Gefahren, wie Glatteis auf dem Trottoir» (Regest), nicht auf *culpa in contrahendo*, sondern auf die Werkeigentümerhaftung des Art. 58 OR gestützt (BGE 118 II 36). Die Verbindung dieser Haftung zur *culpa in contrahendo* aber wiederum bei BUCHER, Vertrauenshaftung, S. 245 f., S. 248 f.

653 BGE 105 II 75 Erw. 2. a S. 80.

654 Ein solches «Je mehr (vom graduell abstufbaren Kriterium), umso mehr (umso eher) die Rechtsfolge» – das sich aus dem erwähnten Entscheid des Bundesgerichts ergibt – entspricht dem «beweglichen System» (vgl. dazu hinten N 392 ff.). Kritisch zur Annahme eines «beweglichen Systems» für die *culpa in contrahendo* aber CANARIS, Bewegliches System, S. 107.

missbräuchlicher Geschäftsbedingungen ist hingegen rechtswidrig⁶⁵⁵ und damit auch treuwidrig. Es ist deshalb zu prüfen, was die Rechtsfolge treuwidrigen Verhaltens ist. Dazu kann einmal betrachtet werden, was die Rechtsfolge der Verletzung von Artikel 2 Absatz 1 ZGB ist. Zwar ist nicht ausgeschlossen, dass die Verletzung der Pflicht, sich nach Treu und Glauben zu verhalten, die sich aus Artikel 8 UWG ergibt, eine andere Rechtsfolge nach sich zieht als die Verletzung der Pflicht, sich nach Treu und Glauben zu verhalten, die sich aus Artikel 2 Absatz 1 ZGB ergibt. Ist das aber der Fall, stellt sich einfach die Frage, was die Rechtsfolge der Verletzung von Artikel 8 UWG, also der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen, ist. Das ist in dieser Arbeit insgesamt zu untersuchen. Hier geht es einmal nur um die Rechtsfolge der Verletzung von Artikel 2 Absatz 1 ZGB.

g. Rechtsfolgen

371 Aus Artikel 2 Absatz 1 ZGB können sich vertragliche Nebenpflichten ergeben.⁶⁵⁶ Deren Verletzung hat einen Schadenersatzanspruch zur Folge, es ist also das *positive* Interesse zu ersetzen.⁶⁵⁷ Vorliegend geht es aber nicht um die Verletzung von Nebenpflichten.⁶⁵⁸ Wie bereits ausgeführt⁶⁵⁹ liegt ein Schaden aber ohnehin nicht vor.

372 «Bei Haftung aus culpa in contrahendo ist das negative Interesse zu ersetzen. Der Geschädigte hat Anspruch auf Ersatz des Schadens, der ihm aus dem von der Gegenpartei erweckten Vertrauen auf das Zustandekommen eines Vertrages erwachsen ist (...). Entgegen der Auffassung der Klägerin geht es daher nicht an, die schuldige Partei so zu behandeln, wie wenn ein Vertrag mit ihr abgeschlossen worden wäre, sie also zum Ersatz des positiven Vertragsinteresses zu verpflichten.»⁶⁶⁰ Zwar wurde ausgeführt, dass das Verwenden

655 Art. 2 UWG.

656 HONSELL, BaKomm, Art. 2 ZGB N 16; WIEGAND, Art. 97 OR N 32 ff.

657 WIEGAND, Art. 97 OR N 1 und N 38; vgl. aber N 38a und N 39a mit Hinweisen auf Fälle, in denen das negative Interesse zu ersetzen ist.

658 Wenn man nicht aus dem «Vertragsverhandlungsverhältnis» (das wie erwähnt bei AGB aber nur sehr lose besteht) eine Nebenpflicht ableiten will, keine missbräuchlichen Geschäftsbedingungen zu verwenden.

659 Vorn N 313 ff.

660 BGE 105 II 75 Erw. 3 S. 81. Teilweise wird aber auch bei der *culpa in contrahendo* eine Pflicht zum Ersatz des positiven Interesses angenommen, wenn «der Schädiger das Wirksamkeitshindernis herbeigeführt oder nicht beseitigt hat», denn «[o]hne die Pflichtverletzung wäre der Vertrag regelmässig wirksam zustande gekommen» (NICKEL, S. 82, vgl. auch S. 171). Der Fall, dass der Vertrag (wegen der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen) gar nicht zustande kam, liegt aber hier nicht vor. Vielmehr besteht ja der Vertrag – jedenfalls soweit für den Konsumenten vorteilhaft – in vollem Umfang. Der Konsument *ist* also so gestellt, als «wäre» der Vertrag zustande gekommen (da er eben zustande gekommen ist).

missbräuchlicher Geschäftsbedingungen nicht ein Fall einer *culpa in contrahendo* ist, sondern allenfalls die Verletzung einer sonstigen Pflicht, sich nach Treu und Glauben zu verhalten. Man kann sich aber trotzdem fragen, was sich ergäbe, wenn «die schuldige Partei so zu behandeln [ist], wie wenn ein Vertrag mit ihr abgeschlossen worden wäre» (da die Verletzung anderer Pflichten, die sich aus Artikel 2 ZGB ergeben, wohl die gleiche Rechtsfolge nach sich ziehen dürfte). Dabei muss man nicht allein finanzielle Entschädigungen in Betracht ziehen, sondern kann einmal allgemein diesen «hypothetischen Kausalverlauf» betrachten, also fragen, welche Sach- und Rechtslage denn bestünde, wenn der AGB-Verwender die ihn treffenden Pflichten erfüllt hätte.⁶⁶¹

Man kann sich also fragen, welcher Vertrag bestehen würde, wenn der AGB-Verwender keine missbräuchlichen AGB verwendet hätte, sich also treumässig verhalten hätte. Denkbar wäre, dass der AGB-Verwender den Vertrag dann nicht geschlossen hätte (da er beispielsweise die Haftungsverteilung gemäss den allgemeinen Geschäftsbedingungen in seine Preiskalkulation aufgenommen hat).⁶⁶² Dann bestünde zwischen den Parteien überhaupt kein Vertrag. Allerdings kann der AGB-Verwender auf die Verträge, die er (unter Verwendung von allgemeinen Geschäftsbedingungen) schliesst, nicht vollständig verzichten. Seine wirtschaftliche Existenz hängt gerade davon ab, seine Produkte oder Dienstleistungen zu «verkaufen». Es stellt sich also die Frage, wie der AGB-Verwender den Vertrag – wenn er auf dessen Abschluss nicht verzichten will – abgeschlossen hätte (was für allgemeine Geschäftsbedingungen er also seinem Antrag oder seiner *invitatio ad offerendum* zugrunde gelegt hätte). Hätte er sich treumässig verhalten, so hätte er nichtmissbräuchliche allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet. Da er davon ausging, Konsumenten würden den Vertrag, der er ihnen offerierte oder zu deren Abschluss er sie einlud, selbst mit missbräuchlichen Geschäftsbedingungen

661 Vgl. nur Art. 43 OR, wonach der Richter neben der Grösse auch die «Art ... des Ersatzes für den eingetretenen Schaden bestimmt». Zumindest bei der *culpa in contrahendo* dürfte Art. 43 OR allerdings nicht unmittelbar anwendbar sein, da es sich um eine «eigenständige Haftungsgrundlage zwischen Vertrag und Delikt» handelt (BGE 134 III 390 Erw. 4.3.2 S. 395); dazu auch HONSELL, BaKomm, Art. 2 ZGB N 18, («dritte Spur» zwischen Vertrag und Delikt) und N 23, wonach Art. 2 ZGB insbesondere keine Schutznorm nach Art. 41 Abs. 1 OR ist. Immerhin die Verjährung richtet sich bei der *culpa in contrahendo* aber nach den Regeln über die Entstehung der Obligation aus unerlaubten Handlungen (Zweiter Abschnitt des Ersten Titels der Ersten Abteilung des OR [Art. 41 ff.]), nämlich nach Art. 60 OR (BGE 134 III 390 Erw. 4.3.2 am Ende S. 397). Art. 43 OR dürfte also auch bei der *culpa in contrahendo* und anderen Verletzungen von Art. 2 ZGB relevant sein.

662 Man könnte dem AGB-Verwender (zum Beispiel mit Blick auf den Schutzzweck von Art. 8 UWG) verwehren, diesen Kausalverlauf vorzubringen. Das ist dann aber nicht mehr eine alternative Kausalität, die auf (hypothetischen) Tatsachen basiert, sondern ein positiver normativer Entscheid, der sich aus einer Wertung ergibt.

abschliessen, wird er erst recht davon ausgehen, dass sie diesen mit zulässigen allgemeinen Geschäftsbedingungen abschliessen werden. Er würde also den Konsumenten einen Vertrag mit (gerade noch) zulässigen allgemeinen Geschäftsbedingungen offerieren oder sie zu einem solchen einladen (und nicht mit angemessenen oder noch weiter «reduzierten»).

h. Ergebnis

374 Aus Artikel 2 Absatz 1 ZGB und der Treuwidrigkeit des AGB-Verwenders, die im Verwenden missbräuchlicher Geschäftsbedingungen besteht, ergibt sich damit nicht, dass der Vertrag auch soweit zulässig nicht gilt.

2. Pflicht nach Treu und Glauben, Zulässiges nicht durchzusetzen

375 Denkbar wäre, dass eine Pflicht des AGB-Verwenders besteht, den Vertrag (auch) soweit zulässig nicht durchzusetzen.⁶⁶³

376 Untersucht wurde, ob sich aus «vorvertraglichen» Pflichten (und deren Verletzung) etwas für die hier gestellte Frage ergibt, und zwar namentlich aufgrund einer «rechtlichen Sonderverbindung» (wobei sich unter anderem die Frage stellte, wodurch eine solche begründet wird). Eine solche besteht aber jedenfalls, wo ein Vertrag besteht:⁶⁶⁴ «[D]as Gebot von Treu und Glauben in Abs. 1 [bezieht sich] auf Auslegung und Ergänzung von Gesetz und Rechtsgeschäft.»⁶⁶⁵ Bestimmt sich nach Treu und Glauben, was Inhalt eines Vertrages ist – nichts anderes ist ja das Ziel von «Auslegung und Ergänzung» eines Vertrages⁶⁶⁶ –, bestimmen sich also die Rechte und Pflichten der Parteien

663 Soweit der Vertrag *unzulässig* ist (die Geschäftsbedingungen nämlich missbräuchlich), besteht nicht eine Pflicht, etwas nicht durchzusetzen, sondern es besteht gar kein (wirksamer) Vertrag. Gleich wie beim Rechtsmissbrauch (Art. 2 Abs. 2 ZGB, dazu hinten N 380 ff.) kann man die Rechtsfolge, dass der Vertrag auch soweit *zulässig* nicht durchgesetzt werden kann, so betrachten, dass eine Pflicht besteht, Vereinbartes nicht durchzusetzen; oder so, dass das Vereinbarte gar nicht wirksam ist. Ob man die eine oder andere Ansicht bevorzugt, spielt aber keine Rolle.

664 Insofern sind das hier Untersuchte und das gerade vorn Untersuchte das Gleiche. Es spielt denn – jedenfalls hier – auch keine Rolle, ob sich bei Bestehen eines Vertrages eine Pflicht unmittelbar aus Art. 2 Abs. 1 ZGB ergibt oder ob sie sich aus dem Vertrag ergibt, wenn man diesen im Sinne von Art. 2 Abs. 1 ZGB auslegt oder ergänzt. Das Bestehen eines Vertrages erscheint damit nur als ein Anwendungsfall einer rechtlichen Sonderverbindung.

665 HONSELL, BaKomm, Art. 2 ZGB N 1.

666 Immerhin könnte man sagen, die Ergänzung gehe eben über den «Inhalt» des Vertrages hinaus. Aber auch dann geht es um die Frage, was die Rechtsfolge «übereinstimmende[r] gegenseitige[r] Willensäusserung[en]» (Art. 1 Abs. 1 OR) ist, also welche Rechte und Pflichten zwischen den Parteien gerade wegen des Vertragsschlusses bestehen. Auf eine solche Unterscheidung kommt es also nicht an.

nach Treu und Glauben.⁶⁶⁷ Vertragliche Rechtsfolge der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen ist also dann eine erweiterte Unwirksamkeit, wenn dem Vertrag (durch Auslegung oder Ergänzung) entnommen wird, dass im Fall, dass die allgemeinen Geschäftsbedingungen missbräuchlich sind (oder der Konsument das immerhin [gerichtlich oder sonst] geltend macht), der AGB-Verwender diese auch soweit nicht durchsetze, wie sie zulässig sind.⁶⁶⁸

Dem hypothetischen (jedenfalls mutmasslichen) Parteiwillen zumindest des AGB-Verwenders dürfte das nicht entsprechen. Doch wird teilweise angenommen, dass es bei der Vertragsauslegung wie -ergänzung «um eine wertende, normative Zurechnung von vertraglichen Rechten und Pflichten» geht.⁶⁶⁹ Dass eine solche Vereinbarung mindestens einem «tatsächlichen» hypothetischen Willen des AGB-Verwenders nicht entsprechen dürfte, hindert also nicht von vornherein daran, eine solche «Vereinbarung» (durch Auslegung oder Ergänzung) anzunehmen. Diese Frage – ob sich eine solche Regel aus einem *normativen* hypothetischen Parteiwillen ergibt – kann aber nur wertend und mit Blick auf das normative Umfeld beantwortet werden. Das ist dann wieder nichts anderes als einfach die Frage nach Auslegung und Inhalt von Artikel 8 UWG, also nicht von Artikel 2 ZGB.⁶⁷⁰

667 Vgl. nur MERZ, Art. 2 OR N 18.

668 Es ist zuzugeben, dass eine solche Annahme etwas «gekünstelt» wirkt. Vorliegend geht es aber darum, zu prüfen, ob sich aus gesetzlichen Anordnungen überhaupt eine Antwort auf die Frage nach der vertraglichen Rechtsfolge der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen ergeben kann, namentlich eine Abweichung von den bisherigen Rechtsfindungsergebnissen (die eher für Geltung des Zulässigen sprechen). Nur wenn das der Fall ist, muss man prüfen, ob der Weg, um dieses Ergebnis zu finden, «zu gekünstelt» ist (was vor allem die Frage sein dürfte, ob die Norm, aus der das Ergebnis gefunden wurde, überhaupt normativ zuständig ist, eine Antwort auf die gestellte Rechtsfrage zu geben). Da sich auch hier nichts für eine erweiterte Unwirksamkeit ergeben wird, muss das nicht beantwortet werden.

669 MÜLLER, Art. 18 OR N 435.

670 Wenn man annimmt, der hypothetische Parteiwille sei stets normativ zu bestimmen, würde eine solche «Vereinbarung» möglicherweise dem hypothetischen Parteiwillen entsprechen, sich eine Antwort also bereits aufgrund von Art. 2 ZGB und aus dem hypothetischen Parteiwillen ergeben. Doch so oder anders würde eine solche «Vereinbarung» einem «tatsächlichen» hypothetischen Parteiwillen (das wäre dann der «mutmassliche Wille», vgl. dazu MÜLLER, Art. 18 OR N 468) nicht entsprechen, kann also nur normativ begründet werden. Es ist aber ein Streit um Worte, ob man das dann (noch) als hypothetischen Parteiwillen bezeichnet oder als «objektive» oder «objektivierte» Auslegung oder Ergänzung. Immerhin werden aber auch «diese Rechte und Pflichten ... nicht aus der generell-abstrakten Rechtsordnung, sondern aus dem Vertragswerk selber individuell-konkret entnommen oder ergänzend zugerechnet» (MÜLLER, Art. 18 OR N 435). Vgl. aber dazu, dass sich auch aus dem (normativ bestimmten) hypothetischen Parteiwillen die Geltung des Zulässigen ergeben könnte, vorn N 239.

378 Bei der Vertragsergänzung stellt sich zudem die Frage, ob der Vertrag durch dispositives Recht oder ebenfalls den hypothetischen Parteiwillen zu ergänzen ist.⁶⁷¹ Aus dem hypothetischen Parteiwillen ergibt sich die Annahme einer erweiterten Unwirksamkeit, wie ausgeführt, nicht. Ob sich aus dem objektiven Recht eine Regel darüber ergibt, was die Rechtsfolge der teilweisen Unzulässigkeit eines Vertrages ist, ist in dieser Arbeit zu prüfen, ist also auch nicht eine Frage, die spezifisch von Artikel 2 ZGB beantwortet wird. Der Vertrag ist zudem nur dann zu ergänzen, wenn eine Lücke im Vertrag besteht. Ob das der Fall ist, ist durch Auslegung zu ermitteln.⁶⁷² Eine Lücke ist eine «planwidrige Unvollständigkeit»; es muss also dem Plan der Parteien widersprechen, dass die gesuchte Regel über die vertraglichen Rechtsfolgen der teilweisen Unzulässigkeit des Vertrages nicht besteht. Nach dem Ausgeführten entspricht eine «Vereinbarung», dass die Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen eine erweiterte Unwirksamkeit zur Folge hat, nicht dem mutmasslichen Willen mindestens einer Partei; das Fehlen einer solchen Regel erscheint also schon deshalb nicht planwidrig. Und wenn man annimmt, es entspreche Treu und Glauben, dass eine solche «Vereinbarung» besteht – und dass deshalb das Fehlen dieser «Vereinbarung» planwidrig ist –, stellt man wieder die Frage, was das Gesetz vorsieht; denn soweit Gesetzesnormen bestehen, entscheiden diese, was Treu und Glauben entspricht. Und was das Gesetz vorsieht (und damit als treumässig erachtet), ist hier insgesamt zu prüfen, ergibt sich aber nicht aus Artikel 2 ZGB.

379 Sowohl im Rahmen der Vertragsauslegung wie der Vertragsergänzung ergibt sich aus Artikel 2 Absatz 1 ZGB also nur, dass vertragliche Rechtsfolge der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen dann eine erweiterte Unwirksamkeit ist, wenn das Gesetz das vorsieht. Ob das der Fall ist, ist in dieser Arbeit zu prüfen; aus Artikel 2 Absatz 1 ZGB ergibt es sich aber nicht, sondern könnte aus ihm nur zirkulär «begründet» werden.

II. Artikel 2 Absatz 2 ZGB

380 «Der offenbare Missbrauch eines Rechtes findet keinen Rechtsschutz.»⁶⁷³ Der AGB-Verwender kann sich also dann nicht auf die (durch Vereinbarung begründete) Rechtslage berufen,⁶⁷⁴ wenn das ein offener Rechtsmissbrauch

671 Vgl. MÜLLER, Art. 18 OR N 468, mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung.

672 MÜLLER, Art. 18 OR N 447, mit Verweis auf N 434 und N 439.

673 Art. 2 Abs. 2 ZGB.

674 Vgl. HONSELL, BaKomm, Art. 2 ZGB N 24, mit Hinweisen auf die Rechtsprechung: «Art. 2 Abs. 2 verhindert die Durchsetzung bloss formaler Rechte, wenn diese in offen-

wäre. «Eine genauere Definition des Rechtsmissbrauchs ist nicht möglich. Es lassen sich lediglich Fallgruppen bilden.»⁶⁷⁵ Es ist also aufgrund der (von Lehre und Rechtsprechung) «anerkannten» Fallgruppen zu untersuchen, ob sich aus Artikel 2 Absatz 2 ZGB etwas für die gestellte Rechtsfrage ergibt. Für die vorliegende Frage kommt vor allem die Treuwidrigkeit beim Rechtserwerb⁶⁷⁶ in Betracht. Weiter können folgende Fallgruppen von Bedeutung sein: das Gebot der schonenden Rechtsausübung;⁶⁷⁷ fehlendes Interesse (unnütze Rechtsausübung);⁶⁷⁸ krasses Missverhältnis der Interessen;⁶⁷⁹ zweckwidrige Verwendung eines Rechtsinstituts.⁶⁸⁰

1. Vertragsschluss als Rechtsmissbrauch

a. Allgemeines

Durch einen Vertragsschluss erwerben die Parteien subjektive Rechte gegeneinander.⁶⁸¹ Durch Verträge werden also *Rechte* erworben; es ist also denkbar,

sichtlichem Widerspruch steht zu elementaren ethischen Anforderungen.» Demgegenüber MERZ, Art. 2 ZGB N 28: «Art. 2 bestimmt unmittelbar den Inhalt des von ihm betroffenen Rechts und beschränkt nicht nur dessen Ausübung.» Weniger eindeutig HAUSHEER/JAUN, SHK, Art. 2 ZGB N 7: «Art. 2 Abs. 2 ZGB setzt der Ausübung von Rechten eine allgemeine Schranke, indem er dem «offenbaren Missbrauch eines Rechtes» den Rechtsschutz versagt.» Wie es sich damit verhält, ist jedenfalls hier ohne Bedeutung; der AGB-Verwender könnte jedenfalls nicht geltend machen, es bestünde die vereinbarte Rechtslage. Er kann sich also nicht auf sie «berufen».

675 HONSELL, BaKomm, Art. 2 ZGB N 24; vgl. auch N 37.

676 Dazu HONSELL, BaKomm, Art. 2 ZGB N 50; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 2 ZGB N 250 ff. («Unredlicher Rechtserwerb»); dazu hinten N 381 ff.

677 Dazu HONSELL, BaKomm, Art. 2 ZGB N 22; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 2 ZGB N 219 ff.; dazu hinten N 388.

678 Dazu HONSELL, BaKomm, Art. 2 ZGB N 38 f.; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 2 ZGB N 207 ff. («Nutzlose Rechtsausübung bzw. fehlendes oder ungenügendes Interesse»); dazu hinten N 385.

679 Dazu HONSELL, BaKomm, Art. 2 ZGB N 41 f.; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 2 ZGB N 213 ff.; dazu hinten N 386.

680 Dazu HONSELL, BaKomm, Art. 2 ZGB N 51 ff.; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 2 ZGB N 253 ff. («Das Verbot der zweckwidrigen Verwendung von Rechtsinstituten»); dazu hinten N 387.

681 Vgl. nur ZELLWEGER-GUTKNECHT, Vor Art. 1 ff. OR N 42. Das gilt nicht nur für Forderungen, sondern auch für Gestaltungsrechte (zum Beispiel Kündigungsrechte, Preisanpassungsrechte); diese sind sogar der Hauptanwendungsfall von subjektiven Rechten (vgl. dazu BUCHER, Subjektives Recht, S. 89 ff.); aber auch «in Fällen, bei denen die mit dem subjektiven Recht verbundenen Normen inhaltlich ein für allemal bestimmt sind und die einer selbständigen Willensbildung des Berechtigten hinsichtlich der inhaltlichen Gestaltung keinen Raum lassen», handelt es sich um subjektive Rechte, S. 57. Auch Haftungsregeln können jedenfalls dann zu subjektiven Rechten führen, wenn aus ihnen eine Forderung abgeleitet wird. Man kann also auch bei solchen Vereinbarungen von «Rechten» sprechen, die treuwidrig erworben werden können.

dass der AGB-Verwender solche Rechte *treuwidrig* erwirbt, wenn er (teilweise) missbräuchliche Geschäftsbedingungen «verwendet». ⁶⁸²

382 Das Verwenden allgemeiner Geschäftsbedingungen an sich ist nicht treuwidrig. ⁶⁸³ Soweit sich aus allgemeinen Geschäftsbedingungen subjektive Rechte des AGB-Verwenders ergeben (die allerdings, soweit gegen Artikel 8 UWG verstossend, nur vermeintliche Rechte sind), sind sie also (aufgrund positiver gesetzlicher Entscheidung) nicht treuwidrig erworben. Soweit die Geschäftsbedingungen missbräuchlich sind, sind die Rechte, die sich aus ihnen ergeben, treuwidrig erworben. Artikel 2 Absatz 2 ZGB stünde ihrer Durchsetzung deshalb auch nur *soweit* entgegen, wie sie missbräuchlich sind; soweit bestehen sie aber ohnehin nicht, da der Vertrag soweit unwirksam ist. Man könnte annehmen, dass das Verwenden missbräuchlicher Geschäftsbedingungen den Rechtserwerb insgesamt treuwidrig macht – denn der AGB-Verwender hat beim Rechtserwerb treuwidrig gehandelt, nicht nur durch die missbräuchlichen Geschäftsbedingungen ⁶⁸⁴ –; dass also nicht nur die Rechtsstellung, soweit sie missbräuchlich ist, sondern die Rechtsstellung insgesamt treuwidrig erworben wurde. Oder man könnte annehmen, dass die Rechtsfolge des Artikels 2 Absatz 2 ZGB – Nichtbestand oder Nichtdurchsetzbarkeit von Rechten – sich über die treuwidrig erworbenen Rechte hinaus erstreckt. ⁶⁸⁵ Ob das der Fall ist, ergibt sich aus Artikel 2 Absatz 2 ZGB aber nicht (sondern eher das Gegenteil), sondern muss wertend entschieden werden. Das ist erneut nichts anderes als die Auslegung von Artikel 8 UWG, die in dieser Arbeit versucht wird.

b. Aufgabe des Artikels 2 Absatz 2 ZGB

383 «[D]as Rechtsmissbrauchsverbot in Abs. 2 [dient] der Korrektur von Gesetzen und Verträgen im Einzelfall.» ⁶⁸⁶ Der Inhalt des Gesetzes im Allgemeinen ergibt

682 Vgl. KOLLERA., N 13.146, nach dem «es gegen das Rechtsmissbrauchsverbot (Art. 2 Abs. 2 ZGB) verstossen [kann], wenn sich eine Vertragspartei auf modifizierte Teilnichtigkeit beruft, sich also gegen die gänzliche Nichtigkeit der widerrechtlichen Klausel zur Wehr setzt».

683 Auch nicht als «Missbrauch der Privatautonomie» (dazu HONSELL, BaKomm, Art. 2 ZGB N 51), denn Art. 8 UWG lässt die Privatautonomie bis zur von ihm aufgestellten Grenze ja gerade zu.

684 Vgl. aber schon vorn, N 363, wonach Art. 8 UWG nicht ein Verhalten treuwidrig macht, sondern den Inhalt von AGB.

685 Doch «[e]ine allgemeine Regel, dass nur ein Rechtstreuer sein Recht ausüben dürfe, besteht nicht» (HONSELL, BaKomm, Art. 2 ZGB N 50 Abs. 1). Auch Art. 66 OR, der Ähnliches regelt wie Art. 2 Abs. 2 ZGB, lässt sich «[e]ine allgemeine Rechtsschutzverweigerung bei sitten- oder gesetzwidrigem Verhalten ... nicht entnehmen» (N 50 Abs. 3). Bestand und Durchsetzbarkeit von Rechten, soweit diese treumässig erworben wurden, setzen also nicht ein allgemeines treumässiges Verhalten voraus.

686 HONSELL, BaKomm, Art. 2 ZGB N 1

sich also nicht aus Artikel 2 Absatz 2 ZGB, sondern dieser ist eine Korrekturmöglichkeit für Ausnahmefälle (die also besondere tatsächliche Umstände verlangen, ansonsten sie keine Ausnahmen sind).⁶⁸⁷ Das spricht dagegen, die vertragliche Rechtsfolge der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen nach ihm zu bestimmen.⁶⁸⁸ Denn es handelt sich bei der Verwendung von allgemeinen Geschäftsbedingungen um einen «Normalfall», nämlich um einen vom Gesetzgeber erkannten und geregelten Sachverhalt.⁶⁸⁹ Mit Artikel 8 UWG hat der Gesetzgeber nunmehr auch den (versuchten) Vertragschluss unter Verwendung *missbräuchlicher* Geschäftsbedingungen «erkannt» und geregelt, sodass es sich auch dabei nicht (mehr) um einen Ausnahmefall handelt, bei dem Artikel 2 Absatz 2 ZGB ein Abweichen vom Gesetz erlaubt.⁶⁹⁰

Die Verweigerung des «Rechtsschutzes» sieht Artikel 2 Absatz 2 ZGB ausserdem nur bei *offenbarem* Rechtsmissbrauch vor: «Art. 2 Abs. 2 verhindert die Durchsetzung bloss formaler Rechte, wenn diese in offensichtlichem Widerspruch steht zu elementaren ethischen Anforderungen.»⁶⁹¹ Weder das Verwenden (selbst missbräuchlicher) Geschäftsbedingungen noch die Berufung auf Teilunwirksamkeit derselben erfüllt dieses Kriterium. Namentlich fordert

384

687 Art. 2 Abs. 2 ZGB ist «eine Vorschrift für die Lösung von Einzelfällen»; sie «setzt ... nicht all[emein] Bestimmungen des Zivilrechts für bestimmte Arten von Fällen ausser Kraft, sondern weist das Gericht bloss an, besonderen Umständen des Einzelfalls Rechnung zu tragen» (HONSELL, BaKomm, Art. 2 ZGB N 28).

688 MADER, S. 149, geht davon aus, dass den Grenzen der Privatautonomie (bei der Verwendung der Vertragsfreiheit) nicht noch «allgemeine» Grenzen (des Rechtsmissbrauchs) nebenanzustellen sind; vgl. auch S. 241 für rechtsgeschäftlichen Erwerb von subjektiven Rechten. Vgl. auch HONSELL, BaKomm, Art. 2 ZGB N 51: «Doch führt in vielen Fällen die Annahme eines als Rechtsmissbrauch qualifizierten Institutsmissbrauchs nur zu einer Duplizierung eines durch die Sittenwidrigkeitsschranke oder das Verbot der Gesetzesumgehung ohnedies erreichbaren Rechtsschutzes.» Für das österreichische Recht nimmt MADER, S. 148 f., an, mit § 6 des KSchG und § 864a und § 879 Abs. 3 ABGB bestehe ausreichender Schutz. Ob der Schutz «ausreichend» ist, muss wohl «normativ» beantwortet werden; dabei ist «ausreichend» der Schutz, den der Gesetzgeber mit den materiellen Normen und mit den Mitteln zu deren Durchsetzung vorgesehen hat. Welcher das ist, ist hier zu untersuchen, ergibt sich aber nicht aus Art. 2 Abs. 2 ZGB.

689 Nämlich geregelt durch Art. 8 UWG; vorn, N 348, wurde auf die (implizite) Anerkennung der Zulässigkeit der Verwendung von AGB hingewiesen.

690 Was das Gesetz – von dem Art. 2 Abs. 2 ZGB ein Abweichen im Einzelfall erlauben würde – vorsieht, bleibt zu prüfen. Ein Abweichen *davon* erlaubt Art. 2 Abs. 2 ZGB aber nicht allgemein.

691 HONSELL, BaKomm, Art. 2 ZGB N 24. CARONI, S. 192, spricht von «Ergebnissen ..., wie sie der Gesetzgeber bestimmt nie gewollt hätte». Man mag die Geltung des Zulässigen mit Verweis auf den Präventionszweck des Art. 8 UWG oder aus anderen Gründen ablehnen; dass der Gesetzgeber sie «bestimmt nie gewollt hätte», kann man aber kaum annehmen. Vgl. dazu nur die Ausführungen zu verschiedenen Normen, mit denen der Gesetzgeber gerade keine überkompensatorischen Rechtsfolgen anordnete (hinten N 664 ff.). Hat er diese dort als richtig erachtet, kann man sie wohl auch hier nicht als «offenbar» ungewollt betrachten.

Artikel 2 Absatz 2 ZGB nicht eine «allgemeine Vertragsgerechtigkeit»⁶⁹² (die möglicherweise als vertragliche Rechtsfolge der Verletzung der Schranken der Vertragsfreiheit eine erweiterte Unwirksamkeit fordern könnte, nämlich die Geltung dessen, was die Parteien angemessenerweise vereinbart hätten).

2. Weitere «Fallgruppen» des Rechtsmissbrauchsverbots

385 Keinen Rechtsschutz findet ein Recht bei fehlendem Interesse an der Rechtsausübung oder unnützer Rechtsausübung.⁶⁹³ Besteht überhaupt kein Interesse an der Klausel, ist sie missbräuchlich und darum nicht wirksam.⁶⁹⁴ Besteht aber ein Interesse an einer Klausel, besteht auch ein Interesse daran, dass diese grundsätzlich und soweit zulässig gilt.

386 Auch ein krasses Missverhältnis der Interessen führt dazu, dass kein Rechtsschutz gewährt wird.⁶⁹⁵ Ein krasses Missverhältnis ist wohl gleichzeitig ein «erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis», und das gleichzeitig «in Treu und Glauben verletzender Weise»; damit ist es ein Fall des Artikels 8 UWG, womit die AGB soweit ohnehin unwirksam sind. Im übrigen Umfang besteht gerade kein «krasses Missverhältnis der Interessen».

387 Weiter liegt «Rechtsmissbrauch ... vor, wenn der Rückgriff auf das Rechtsinstitut mit dem vom Gesetzgeber angestrebten Zweck nichts mehr zu tun hat oder diesen gar ad absurdum führt. Die Judikatur bejaht ihn bei zweckwidriger Verwendung eines Rechtsinstituts zur Verwirklichung von Interessen, die dieses Institut nicht schützen will.»⁶⁹⁶ Ein Vertragsschluss durch allgemeine Geschäftsbedingungen ist nicht nur zulässig,⁶⁹⁷ sondern damit verfolgt der AGB-Verwender auch legitime Zwecke.⁶⁹⁸

692 BGE 115 II 232 Erw. 4. d S. 236: «[W]eder der Grundsatz von Treu und Glauben noch das Rechtsmissbrauchsverbot ist dazu da, einer allgemeinen Vertragsgerechtigkeit zum Durchbruch zu verhelfen.»

693 HONSELL, BaKomm, Art. 2 ZGB N 38 f.

694 Vgl. HEISS, Art. 8 UWG N 218, der aus dem Gebot von Treu und Glauben ableitet, dass zu prüfen sei, «ob zur Verfolgung eines legitimen Interesses des Verwenders die Regelung überhaupt erforderlich ist». Vgl. auch vorn, N 245, die Hinweise auf Fälle, wo Ganzwegfall einer Klausel gleichzeitig angemessen ist, weil bereits ihr Bestand an sich missbräuchlich ist.

695 HONSELL, BaKomm, Art 2 ZGB N 41 f., vgl. auch N 22.

696 HONSELL, BaKomm, Art. 2 ZGB N 51.

697 Vgl. zur impliziten Anerkennung dieser Zulässigkeit durch den Gesetzgeber vorn N 348.

698 Vgl. nur ZELLWEGER-GUTKNECHT/BUCHER, Art. 1 OR N 47: Rationalisierungs- und Standardisierungszwecke. Das führt wiederum zu einem effizienten Güteraustausch, was einer der Zwecke der Vertragsfreiheit überhaupt ist: «Der Gesetzgeber hätte damit ... für Rechtsregeln zu sorgen, die dem möglichst effizienten Austausch von Gütern und Dienstleistungen dienen» (UHLMANN, Art. 27 BV N 14).

Nach dem Gebot der schonenden Rechtsausübung – das teilweise nicht dem Rechtsmissbrauchsverbot zugeordnet wird, sondern aus dem Grundsatz von Treu und Glauben abgeleitet wird – «ist für den Fall, dass ein Berechtigter von seinem Recht ohne Nachteil auf verschiedene Arten Gebrauch machen kann, diejenige Art der Rechtsausübung zu wählen, die für den Verpflichteten am wenigsten schädlich ist»,⁶⁹⁹ Die Geltung des Angemessenen fordert vom AGB-Verwender aber nicht, möglichst schonend die vereinbarte Rechtslage (soweit zulässig) gelten zu lassen, sondern sie *nicht* gelten zu lassen; sie fordert von ihm also nicht die schonendste, sondern gar keine Rechtsausübung. Das ergibt sich aus diesem Gebot nicht. Doch «[a]llgemein bedeutet schonende Rechtsausübung als Konkretisierung des Art. 2, dass der Berechtigte auf eine den Belasteten beeinträchtigende Rechtsausübung verzichten muss, soweit diese Rechtsausübung unnütz ist oder sein Interesse daran jedenfalls in einem krassen Missverhältnis zum Interesse des Belasteten an der Unterlassung der Beeinträchtigung steht».⁷⁰⁰ Dass dies nicht der Fall ist, wurde bereits ausgeführt.

Dass nicht in Einzelfällen – auf die Artikel 2 Absatz 2 ZGB eben abzielt – ein Rechtsmissbrauch vorliegen kann, wenn der AGB-Verwender das Vereinbarte auch soweit zulässig durchzusetzen versucht (wie allerdings auch, wenn dies der Konsument versucht), ist damit nicht gesagt. Allgemein ist das aber nicht der Fall.⁷⁰¹

3. Zwischenergebnis

Das Rechtsmissbrauchsverbot steht der Annahme nicht entgegen, dass vertragliche Rechtsfolge der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen die Geltung des Zulässigen ist. Zur Begründung einer erweiterten Unwirksamkeit kann es nur zirkuläre Begründungen bieten. Entweder – auf Tatbestandsseite –, indem man das «Recht», dessen Bestand oder Durchsetzung Artikel 2 Absatz 2 ZGB ausschliesst, weiter versteht als nur die Geschäftsbedingungen, *soweit* sie missbräuchlich sind. Oder – auf der Rechtsfolgen-
seite –, indem der Rechtsschutz auch verweigert wird, *soweit* das Recht *nicht* «missbraucht» wird. Ob man das so sehen muss – und ob der Gesetzgeber es so sieht –, ist eine Wertungsfrage, die sich aus Artikel 8 UWG und der

699 HONSELL, BaKomm, Art. 2 ZGB N 22.

700 HONSELL, BaKomm, Art. 2 ZGB N 22.

701 Wenn zum Beispiel aufgrund einer geringen Vertragsverletzung der AGB-Verwender einschneidende Rechtsfolgen geltend macht; vgl. aber wiederum BGE 140 III 594, wonach «[e]in Zahlungsrückstand von Fr. 164.– ... nicht unbedeutend [ist]» (Regest) und deshalb zur Kündigung nach Art. 257d OR («Zahlungsrückstand des Mieters») berechtigt.

übrigen Rechtsordnung – zum Beispiel Artikel 19 f. OR – ergibt, aber nicht aus Artikel 2 ZGB.

4. Subjektive Momente bei der Bestimmung der Rechtsfolge?

391 Bisher wurden die objektiven Tatbestandsmerkmale des Rechtsmissbrauchsverbots behandelt (und ihr Vorliegen wurde jedenfalls insoweit verneint, als damit eine erweiterte Unwirksamkeit als Rechtsfolge der Verletzung der Schranken der Vertragsfreiheit begründet werden könnte). Umstritten ist, ob das Rechtsmissbrauchsverbot auch subjektive Tatbestandsmerkmale hat.⁷⁰² Ist das der Fall, würde aber auch das Vorliegen von Verschulden – oder anderer subjektiver Sachverhaltselemente⁷⁰³ – nicht dazu führen, dass Artikel 2 Absatz 2 ZGB erfüllt ist;⁷⁰⁴ denn es handelt sich ja um eine *zusätzliche* Voraussetzung: Ob eine solche Voraussetzung besteht, spielt keine Rolle, wenn die Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen schon die objektiven Voraussetzungen nicht erfüllt.

392 Immerhin kann das Recht auch als «bewegliches System» verstanden werden: «Je mehr (vom graduell abstufbaren Kriterium), umso mehr (umso eher) die Rechtsfolge.»⁷⁰⁵ Dabei ist allerdings das bewegliche System – oder sind die Methoden, die sich aus der Annahme des Vorliegens eines solchen ergeben – nicht von vornherein zulässige(s) Mittel der Rechtsfindung. Ausgangspunkt der Rechtsfindung ist auch hier das Gesetz. Dabei geht Canaris davon aus, dass «das System des geltenden deutschen Rechts ... grundsätzlich

702 Vgl. nur HONSELL, BaKomm, Art. 2 ZGB N 79: «Nach einer verbreiteten Ansicht (...) ist Verschulden keine notwendige Voraussetzung der Qualifikation eines Verhaltens als Rechtsmissbrauch. Diese Auffassung verträgt sich jedoch schlecht mit dem im Missbrauch unvermeidlich steckenden Vorwurf. Es ist zwar nicht auf eine konkrete Schädigungsabsicht oder auf eine andere spezielle Form der Arglist abzustellen, doch kann der Annahme eines «unverschuldeten Rechtsmissbrauchs» nicht das Wort geredet werden. Voraussetzung ist allerdings nicht Kenntnis der Wertung, die zum Rechtsmissbrauch führt, sondern nur Kenntnis des Sachverhalts, der den Vorwurf begründet.»

703 In welcher «Intensität» ein Verschulden gefordert sein könnte – Absicht oder Fahrlässigkeit –, spielt hier keine Rolle; HUBMANN, Grundsätze, erwähnt neben Verschulden (S. 84 ff.) noch Arglist (S. 82 f.) und Absicht (S. 83). Im Folgenden wird der Begriff der «subjektiven Momente» verwendet.

704 Vgl. allerdings den Entscheid des Bundesgerichts vom 18. Dezember 2018 im Verfahren 4A_404/2008, Erw. 5.6.3.2.1, wonach «die in der Lehre vertretene Ablehnung einer geltungserhaltenden Reduktion ... jedenfalls schon insoweit [überzeugt], als der Nichtigkeitsgrund in einem Verstoss gegen eine zwingende Norm zum Schutz der schwächeren Vertragspartei liegt und die mangelhafte Klausel in vorgedruckten AGB enthalten ist, in denen in einer Weise erheblich von der gesetzlichen Ordnung abgewichen wird, dass die Vermutung nahe liegt, es werde damit gezielt der Schutzzweck derselben unterlaufen». Damit stellte das Bundesgericht immerhin auf die Vermutung des Vorliegens subjektiver Elemente ab. Vgl. auch die vorn, N 179, Zitierten.

705 BYDLINSKI, Bewegliches System, S. 30.

nicht beweglich, sondern unbeweglich [ist]»⁷⁰⁶. Die Gründe, aus denen er das ableitet, gelten auch für das schweizerische Recht. Denn auch dieses «weist den Prinzipien [in der Regel] klar umgrenzte Anwendungsbereiche zu, innerhalb deren sie nicht durch andere «Elemente» ersetzbar sind, und es bevorzugt die feste Tatbestandsbildung, die eine variable Bestimmung der Rechtsfolge auf Grund – wenn auch «gebundenen» – richterlichen Ermessens ausschliesst.»⁷⁰⁷ Rechtsfindung nach einem beweglichen System wird jedoch – auch bei Geltung eines grundsätzlich «unbeweglichen» Systems – in besonderen Fällen befürwortet. «Die Behandlung eines gewöhnlichen (nicht «beweglichen») gesetzlichen Tatbestandes als «bewegliches System» ist möglich und jedenfalls legitim, sobald kein anderer Weg an der persönlichen Eigenwertung vorbeiführt», nämlich dort, wo «das ... kritische Sachverhaltselement in den «Begriffshof» eines gesetzlichen Tatbestandsmerkmals fällt und der dadurch begründeten Unklarheit auch mit den üblichen methodischen Mitteln nicht abzuhelfen ist.»⁷⁰⁸ Nach dem Ausgeführten liegt ein solcher Fall eher nicht vor. Dann ergibt sich die Antwort auf die Frage, was treuwidrig ist und was nicht, aus Artikel 8 UWG. Und dass, was treuwidrig ist, – eben soweit es treuwidrig ist – unwirksam ist, ergibt sich ebenfalls aus diesem; und dass, was nicht treuwidrig ist, wirksam ist, ergibt sich dann *e contrario* ebenfalls aus diesem.

Bei Artikel 2 ZGB handelt es sich allerdings um eine Generalklausel.⁷⁰⁹ 393 Solche sind eben nicht Konditionalnormen, wie sie der Gesetzgeber üblicherweise aufstellt und die eben grundsätzlich ein «unbewegliches» System darstellen. Denkbar ist, diese als «bewegliche Teile» zu betrachten.⁷¹⁰ Nach

706 CANARIS, Systemdenken, S. 78.

707 Art. 43 OR (vorn Fn. 661, hinten Fn. 720 und hinten N 667 f.) ist also eher die Ausnahme als die Regel. Art. 4 ZGB («Wo das Gesetz das Gericht auf sein Ermessen oder auf die Würdigung der Umstände oder auf wichtige Gründe verweist, hat es seine Entscheidung nach Recht und Billigkeit zu treffen»), der ein Entscheiden ausserhalb gesetzgeberischer «Konditionalnormen» erlaubt, ist denn auch eine Ausnahmebestimmung (vgl. HONSELL, BaKomm, Art. 4 ZGB N 14).

708 BYDLINSKI, Bewegliches System, S. 36 und S. 33.

709 HONSELL, BaKomm, Art. 2 ZGB N 3.

710 Zu «Treu und Glauben» bei Art. 8 UWG führte der Bundesrat aus: «Hierfür ist eine umfassende Abwägung sämtlicher schutzwürdiger Interessen des Verwenders der AGB und des Vertragspartners vorzunehmen. Das Kriterium von Treu und Glauben erlaubt eine differenzierte Bewertung in Bezug auf das Kräfteverhältnis zwischen dem Verwender der AGB und dem Vertragspartner. So kann insbesondere auch die Geschäftserfahrung und Rechtskundigkeit des Vertragspartners berücksichtigt werden. Ist der Vertragspartner des Verwenders der AGB eine Konsumentin oder ein Konsument, so ist grundsätzlich ein strengerer Massstab anzuwenden als im kaufmännischen Verkehr. Wenn AGB auf die Vereinbarkeit mit dem Prinzip von Treu und Glauben überprüft werden, können im Falle der Individualkontrolle auch die konkreten Umstände

Canaris nimmt das bewegliche System eine «Zwischenstellung ... zwischen Generalklausel und festem Tatbestand» ein.⁷¹¹ Auch Bydlinski geht davon aus, «dass das bewegliche System vor allem eine neue gesetzestechnische Möglichkeit zwischen starrem Tatbestand und nahezu konturloser «Generalklausel» eröffnet hat».⁷¹² Liegt also ein «bewegliches System» zwischen Konditionalnormen und Generalklauseln, muss erst recht für Generalklauseln eine Rechtsfindung nach den Regeln eines beweglichen Systems grundsätzlich zulässig sein. Ob sich aus Artikel 2 Absatz 2 ZGB als Generalklausel etwas ergibt, wurde zumindest in dem Sinne geprüft (und verneint), als dieser Generalklausel aufgrund anerkannter «Fallgruppen» Konturen verliehen wurden; darüber hinaus kann sich eine an «Recht und Billigkeit»⁷¹³ orientierte Rechtsfindung – abgesehen von «richterlicher Eigenwertung», die in einer rechtsdogmatischen Untersuchung naturgemäss nicht vorgenommen werden kann – nur noch aus einer Gesamtbetrachtung der gesetzlichen Ordnung ergeben; eine solche bleibt noch vorzunehmen.⁷¹⁴ Man kann aber dennoch einmal versuchen, aus Artikel 2 Absatz 2 ZGB aufgrund des beweglichen Systems eine Antwort für die Frage nach der vertraglichen Rechtsfolge der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen zu gewinnen (und damit die «Fallgruppen» zu verlassen). Sind nämlich die Anhaltspunkte, die für eine Rechtsfindung nach dem beweglichen System nötig sind – Tatbestandsmerkmale der Norm, wenn auch in abstrakter Form –, vorhanden,⁷¹⁵ so kann man wohl nicht annehmen, der Gesetzgeber habe eine «konturlose» Norm geschaffen (oder schaffen wollen), bei der eine Rechtsfindung nach dem beweglichen System nicht möglich sein soll.⁷¹⁶

des Vertragsverhältnisses mitberücksichtigt werden.» Das kann man als Hinweis darauf betrachten, dass Art. 8 UWG (auf Tatbestandsseite) als bewegliches System oder beweglicher «Systemteil» verstanden werden kann. Vgl. allerdings wiederum PROBST, SHK, Art. 8 UWG N 279, wonach «Treu und Glauben» in Art. 8 UWG aufgrund der parlamentarischen Änderungen nun eine andere Bedeutung zukomme.

711 CANARIS, Systemdenken, Zwischentitel auf S. 82.

712 BYDLINSKI, Bewegliches System, S. 27.

713 Art. 4 ZGB. Er kann als allgemeine Norm eines «beweglichen Systems» verstanden werden. Ob vorliegend nach «Recht und Billigkeit» zu entscheiden ist, kann aufgrund des Ergebnisses offenbleiben.

714 Dazu namentlich hinten N 540 ff.

715 Dass sie vorhanden sind, hat sich bei den Fallgruppen gezeigt, die man als einzelne Konditionalnormen betrachten kann. Ob diese Fallgruppen noch zu erweitern wären (und um welche Fälle), kann hier nicht allgemein untersucht werden.

716 In diesem Sinne kann man dann wohl auch nicht entscheiden, ob etwas eine «konturlose Generalklausel» sei oder nicht. Vielmehr gibt es dann auch unter den Generalklauseln solche mit mehr oder weniger «Konturen».

Das bewegliche System kann einerseits allein beim Tatbestand beachtet werden: «Die zum Auslegungszweifel führende Schwäche des einen Kriteriums kann ... im Rahmen der Gesamtwertung durch die besonders starke Ausprägung eines anderen ausgeglichen werden.»⁷¹⁷ Das führt zwar zum zunächst erstaunlichen Ergebnis, dass die Annahme einer weiteren Tatbestandsvoraussetzung – einer subjektiven Tatbestandsvoraussetzung – das Erfüllen des Tatbestands nicht erschwert, sondern erleichtert; denn nun könnte das geringe Vorliegen der von Anfang an angenommenen Tatbestandsvoraussetzungen – das für das Erfüllen des Tatbestands nicht ausgereicht hätte – im «Zusammenspiel» mit dem ausgeprägten Vorliegen des weiteren Tatbestandselements dazu führen, dass der Tatbestand nun doch erfüllt ist (vgl. aber sogleich).

Das ist aber einfach Ergebnis davon, dass der Gesetzgeber – wenn man subjektive Momente als Tatbestandsvoraussetzung des Rechtsmissbrauchsverbots annimmt – dem Privaten einen zusätzlichen Vorwurf macht, wenn er das Rechtsmissbrauchsverbot *schuldhaft*⁷¹⁸ verletzt.⁷¹⁹ Auch ausgeprägte subjektive Momente beim AGB-Verwender bleiben aber ohne Bedeutung. Denn zunächst sind die objektiven Tatbestandsmerkmale nicht *gering ausgeprägt*, sondern *überhaupt nicht vorhanden*; es besteht also nicht ein «Weniger» eines Tatbestandselements, das durch ein «Mehr» eines anderen ausgeglichen werden könnte. Zudem führt, wie ausgeführt, auch die Annahme, dass der Tatbestand erfüllt ist – und damit die Rechtsfolge eintritt –, nicht zu einer erweiterten Unwirksamkeit.

Das bewegliche System kann aber auch die Beziehung zwischen Tatbestand und Rechtsfolge beeinflussen: Umso stärker der Tatbestand erfüllt ist, desto stärker soll die Rechtsfolge eintreten.⁷²⁰ Zunächst dürfte auch hier das

717 BYDLINSKI, *Bewegliches System*, S. 34, mit folgendem Beispiel: Ist die Adäquanz einer Schadenszufügung «gerade im Unschärfbereich» (im «Begriffshof» des Tatbestandselements, vgl. S. 33), kann ein erhebliches Verschulden eine Haftung rechtfertigen, geringes Verschulden aber eher nicht.

718 Vgl. HONSELL, *BaKomm*, Art. 2 ZGB N 79.

719 Vgl. dazu HUBMANN, *Grundsätze*, nach dem «es ... als ein Grundgedanke unserer [der deutschen; es gilt aber wohl ebenso für die schweizerische] Rechtsordnung bezeichnet werden [kann], dass auch ein an sich schützenswertes Interesse eine vollständige Zurücksetzung hinnehmen muss, wenn es unter arglistiger Missachtung fremder Interessen verfolgt wird».

720 Vgl. BYDLINSKI, *Bewegliches System*, S. 34, zum bereits erwähnten Beispiel, wo auch eine Teilhaftung die Lösung sein kann (also nur ein teilweises Eintreten der Rechtsfolge). Dazu auch CANARIS, *Systemdenken*, S. 78 f., mit Verweis auf § 254 BGB, der jedenfalls bei Mitverschulden des Geschädigten die Möglichkeit eines nur teilweisen Schadenersatzes vorsieht. Für das schweizerische Recht vgl. Art. 43 OR, der schon im Grundsatz nicht ein «Alles-oder-nichts-Prinzip» vorsieht (dazu HONSELL/ISENRING/KESSLER, § 9 N 4). Weitere Beispiele bei CANARIS, *Bewegliches System*, S. 110 ff.

«Gar-nicht-Vorliegen» der objektiven Tatbestandselemente einem Eintreten der Rechtsfolge – in welchem Mass auch immer – entgegenstehen. Zudem dürfte auch ein «Mehr» der Rechtsfolge (aufgrund eines «Mehr» des Tatbestands) durch die gesetzlich vorgesehene Rechtsfolge «nach oben» begrenzt sein; denn eine Rechtsfolge, die weiter geht, als das Gesetz dies vorsieht – hier: die Unwirksamkeit auch des zulässigerweise Vereinbarten –, ist einfach eine *andere* Rechtsfolge als die vom Gesetz vorgesehene, kann also auch durch ein intensives Vorliegen des Tatbestands (oder gar ein «Über-Erfüllen») nicht ausgelöst werden.

- 397 Aus Artikel 2 Absatz 2 ZGB ergibt sich also nicht, dass zumindest dann, wenn der AGB-Verwender wissentlich oder absichtlich die Schranken der Vertragsfreiheit überschreitet, vertragliche Rechtsfolge der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen eine erweiterte Unwirksamkeit ist.⁷²¹

Kapitel 5: Teleologie der gesetzlichen Rechtsfolgeordnung

§ 16 Der Zweck von Artikel 8 UWG

I. Notwendigkeit der Zweckermittlung?

- 398 Für die teleologische Auslegung ist die Frage von Bedeutung, was der Zweck einer Norm ist. Dazu ist wiederum die Frage von Bedeutung, wie man diesen

721 Und weil auch sonst keine Gründe vorliegen für die Annahme, subjektive Momente hätten einen Einfluss auf die Rechtsfolge – vgl. immerhin vorn, N 343, zu Art. 423 Abs. 1 OR –, ergibt sich das überhaupt nicht. Nach HUBMANN, Grundsätze, sind zwar die «Bewertungsprinzipien menschlichen Verhaltens» (S. 82 ff.) (nämlich Arglist, Absicht und Verschulden; sodann Gefährdung und Veranlassung) als «Vorzugstendenzen» (S. 82) allgemein im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigen. Vorliegend ist eine «selbständige» Interessenabwägung aber nicht nötig, da sich die Bewertung und Abwägung der Interessen aus dem Gesetz gewinnen lassen. Ist das der Fall, sind subjektive Momente auch nur dann zu berücksichtigen, wenn der Gesetzgeber dies vorgesehen hat. Ob er das vorgesehen hat, ergibt sich aus dem Tatbestand der (im Rahmen einer Einzel- oder Gesamtanalogie) analog anzuwendenden Normen (hinten N 552), aber nicht aus Art. 2 ZGB. Anders (für das deutsche Recht) beispielsweise CAHN, S. 19: «Im Hinblick auf den mit [§ 138 BGB] verfolgten Präventionszweck können dabei auch das Ausmass der Knebelung und die Intensität der verwerflichen Gesinnung auf seiten des sittenwidrig Handelnden eine Rolle spielen.» Auch CANARIS, Gesamtnurksamkeit, S. 557: «Demgemäss kann eine Klausel grundsätzlich im angemessenen Umfang aufrechterhalten oder durch eine angemessene Regelung ersetzt werden, wenn der Verwender gutgläubig in dem Sinne war, dass er die Unangemessenheit seiner Klausel weder kannte noch sich ihr verschlossen hat.»

Zweck erkennt. Das wiederum hängt davon ab, welchen Zweck man sucht,⁷²² namentlich ob man den entstehungs- oder den geltungszeitlichen Zweck sucht (und suchen soll). Weiter davon, ob man den objektiven oder subjektiven Zweck des Gesetzes – der Letztere wäre dann der «Wille des Gesetzgebers» – sucht (und suchen soll).⁷²³

Dass vertragliche Rechtsfolge der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen nicht Geltung des Zulässigen sei, sondern eine erweiterte Unwirksamkeit, wird regelmässig mit dem Präventionszweck von Artikel 8 UWG begründet.⁷²⁴ Vorliegend wird angenommen, dass Artikel 8 UWG (auch) Prävention bezweckt.⁷²⁵ Denn es wird sich im Folgenden zeigen, dass auch ein Präventionszweck⁷²⁶ von Artikel 8 UWG nicht fordert, dass vertragliche Rechtsfolge der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen eine erweiterte Unwirksamkeit sei.

722 Diese Fragen stellen sich nicht nur beim Zweck, sondern allgemein bei der Suche nach dem Sinn der Norm. Vgl. nur FORSTMOSER/VOGT, § 19 N 20 ff., N 38 ff., die jeweils fragen, welcher Sinn (und nicht nur, welcher Zweck) der Norm relevant sei. Sie sind aber wohl doch regelmässig beim Zweck am wichtigsten (da der «Spielraum» des Rechtsanwenders bei der Frage danach, was eine Norm bezweckt, regelmässig grösser sein dürfte als bei anderen Auslegungselementen).

723 FORSTMOSER/VOGT unterscheiden zwischen dem objektiven und dem subjektiven Sinn einerseits (§ 19 N 20 ff.) und zwischen dem historischen und aktuellen Gesetzesinn andererseits (§ 19 N 38 ff.). Weniger klar ist die Unterscheidung (zumindest begrifflich) bei KRAMER, Methodenlehre, S. 125 ff., S. 160 f. Zu den einzelnen Fragen, Begriffen und den «Kombinationsmöglichkeiten» vgl. BYDLINSKI, Methodenlehre, S. 428 ff. Auf die Begriffe an sich kommt es natürlich auch hier nicht an.

724 Vgl. nur THOUVENIN, Art. 8 UWG N 146, mit zahlreichen Hinweisen, und die vorn, N 179, Zitierten.

725 Das dürfte denn auch dem gesetzgeberischen Willen entsprechen. Vgl. nur das Votum LEUTHARD, wonach der Bundesrat glaube, «dass diese neue Fassung von Artikel 8, vor allem der Verzicht auf die Irreführung als Tatbestandselement, dazu führen wird, dass der neue Artikel eine gewisse präventive Wirkung hat» (AB-SR 2010 III [Herbstsession], S. 938). Vgl. aber zu weiteren Zwecken hinten N 469 ff.

726 Was genau der als Präventionszweck bezeichnete Zweck eines Gesetzes ist, hängt davon ab, was diese Norm überhaupt bezweckt. Bezweckt zum Beispiel Art. 41 OR Prävention, so bezweckt er, die widerrechtliche und schuldhaftige Schadenszufügung zu verhindern; bezwecken Art. 62 und 423 Abs. 1 OR Prävention, so bezwecken sie, die ungerechtfertigte Bereicherung und die (bösgläubige) Geschäftsanmassung zu verhindern. Der Begriff des «Präventionszwecks» ist also für jede Norm spezifisch, es gibt also nicht *den* Präventionszweck, sondern immer nur den Zweck, das Erfüllen des Tatbestands (nicht nur zu sanktionieren, sondern auch) zu verhindern. Bei Art. 8 UWG stellt sich die Frage, ob er bezweckt, das Verwenden missbräuchlicher Geschäftsbedingungen zu verhindern (oder nur bezweckt, den Konsumenten von einem unzulässigen Vertrag zu «befreien»).

II. (Mehrere) Zwecke?

400 «Meist verfolgt ein Gesetzeswerk, weil es dem Interessenausgleich dient, mehrere Zwecke gleichzeitig.»⁷²⁷ Man muss also annehmen, dass ein «Gesetzeswerk» mehrere Zwecke verfolgt, wenn es dem Interessenausgleich dient. Artikel 8 UWG dient dem Interessenausgleich. Denn obwohl er nach seinem Wortlaut einfach Konsumenten schützt, berücksichtigt er doch auch die Interessen der AGB-Verwender. Das ergibt sich schon daraus, dass er allgemeine Geschäftsbedingungen nicht einfach verbietet; er schreibt auch nicht vor, dass der AGB-Verwender das vorsehen muss, was «angemessen» sein muss, sondern er sieht nur eine «Missbrauchskontrolle» vor, überlässt also grundsätzlich den Vertragsschluss weiterhin den «Marktkräften».⁷²⁸ Artikel 8 UWG dient also dem Interessenausgleich und verfolgt deshalb mehrere Zwecke.⁷²⁹ Einer AGB-Kontrolle stehen Prinzipien wie die Vertragsfreiheit, die Privatautonomie oder das Prinzip «pacta sunt servanda» gegenüber. Was sich aus diesen ergibt, kann im Rahmen einer prinzipienorientierten Rechtsfindung geprüft werden.⁷³⁰

401 Das hier gewählte Vorgehen – bei dem zunächst nur geprüft wird, was sich für die Auslegung aus dem Zweck von Artikel 8 UWG ergibt, ohne entgegenstehende Zwecke und Prinzipien zu berücksichtigen – ist aber nicht nur unschädlich, sondern auch geboten. Artikel 8 UWG ist eine Einschränkung der Vertragsfreiheit. Der Gesetzgeber wollte also das, was ohne Artikel 8 UWG galt (Artikel 1 Absatz 1 OR), einschränken. Gerade bei solchen Normen entspricht es also auch der gesetzgeberischen Absicht – insofern ist es eine subjektive Auslegung –, wenn man zunächst untersucht, was der Gesetzgeber

727 EMMENEGGER/TSCHECHTER, Art. 1 ZGB N 293.

728 Ob man die «rationale Apathie» der Konsumenten (dazu vorn N 314) als Teil der «Marktkräfte» betrachten soll oder gerade als «Marktversagen» (oder Folge eines solchen oder Auslöser eines solchen), ist hier nicht zu entscheiden. Jedenfalls gehört sie einfach zu den tatsächlichen Verhältnissen, die den Inhalt der abgeschlossenen Verträge beeinflussen; ist dieser Einfluss unerwünscht, braucht es eine Regel, die den «Mechanismus» des Art. 1 Abs. 1 OR ändert, wie eben Art. 8 UWG. Und dieser hat diesen «Mechanismus» eben nicht aufgehoben, sondern ihn (oder sein Ergebnis) nur einer Missbrauchskontrolle unterworfen.

729 Immerhin könnte man auch annehmen, die Zwecke, die für eine möglichst eingeschränkte AGB-Kontrolle sprechen und damit gleichzeitig für eine möglichst «schonende» Rechtsfolge der Verletzung von Art. 8 UWG, würden nicht durch Art. 8 UWG, sondern durch die Art. 1 und 19 f. OR verfolgt. Das ändert daran, wie mit einander widersprechenden Zwecken umzugehen ist, aber nichts.

730 Dazu hinten N 540 ff.; für Rechtsnormen, die für die Geltung des Zulässigen sprechen, hinten N 664 ff. Denn nötig ist ja nur, dass man diese Prinzipien berücksichtigt. In welchem Rechtsfindungsschritt, bei welchem Rechtsfindungselement man dies tut, spielt keine Rolle.

gerade mit der Norm bezweckte und wie sich dieser Zweck auf ihre Auslegung auswirkt. Denn Prinzipien, die Artikel 8 UWG widersprechen, sollten in seinem «Anwendungsbereich» gerade nicht mehr (voll) zum Tragen kommen.⁷³¹ Immerhin ist bei der Frage, wie der Gesetzeszweck umgesetzt wird, daran zu denken, dass auch «gegenläufige» Zwecke und Prinzipien bestehen, man also untersuchen muss, ob auch weniger weitgehende Rechtsfolgen denkbar und mit dem Präventionszweck vereinbar seien.⁷³²

§ 17 Zweck und Sinn von Artikel 8 UWG

I. Ausgangslage

Denkbar ist, aus einem Präventionszweck von Artikel 8 UWG abzuleiten, dass 402 der Umfang der Unwirksamkeit eines ihn verletzenden Vertrags (als eines Aspektes der *vertraglichen Rechtsfolge* der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen) diesen Zweck fördern muss und dass es deshalb nötig ist, dass statt der Geltung des Zulässigen eine erweiterte Unwirksamkeit die Rechtsfolge ist. Denn ansonsten könnte der AGB-Verwender – jedenfalls, wenn man nur privatrechtliche Rechtsfolgen berücksichtigt – «gefahrlos» missbräuchliche Geschäftsbedingungen verwenden.

II. Vom Zweck zum Sinn

1. Allgemeines

Es fragt sich, wie sich aufgrund des (einmal angenommenen) Präventions- 403 zwecks von Artikel 8 UWG etwas für die Rechtsfolge seiner Verletzung ergibt. Bei der grammatikalischen, der systematischen und der historischen Auslegung kann sich aus den betrachteten Quellen – dem Wortlaut des Gesetzes (der ja auch bei der systematischen Auslegung im Vordergrund steht) und den Materialien – unmittelbar eine Antwort auf die gestellte Rechtsfrage ergeben, oder zumindest kann sich ergeben, wie die Gesetzgebungsorgane die gestellte

731 Vgl. aber EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 ZGB N 293: «Wer teleologisch auslegt, muss die Gesamtheit der Zwecke im Auge behalten. Das gilt sogar, wenn die auszulegende Einzelregelung erkennbar einem einzelnen unter diesen Zwecken dient, beispielsweise den Mieterschutz verfolgt. Es gilt dann zu beurteilen, inwieweit das Gewicht des Mieterschutzes die Anwendung der Vorschrift mit Blick auf gegenläufige, ebenfalls im Recht ausgedrückte Zwecke rechtfertigt – etwa in Bezug auf den Eigentumsschutz.» Dass diese anderen «Zwecke» (oder hier: Prinzipien) auch zu berücksichtigen sind, wird nicht infrage gestellt; es geht nur einmal um die Frage, in welchem Schritt ihre Einhaltung zu prüfen ist.

732 Dazu namentlich hinten N 407 ff.

Rechtsfrage beantworten wollten.⁷³³ Bei der teleologischen Auslegung ist das aber anders; hat man erkannt – oder hier: einmal unterstellt –, was der Zweck einer Norm ist, ist dafür ein weiterer Schritt nötig, um den Inhalt der Norm zu finden.⁷³⁴ Es ist also zu untersuchen, was für ein Schritt das ist, worauf die entsprechende Prüfung vorzunehmen ist.

2. Normsinn-Hypothesen

404 «Die teleologische Auslegung ... hebt aus dem Kreis der Möglichkeiten diejenige Sinndeutung hervor, die diesen Zweck am besten zu fördern vermag»; es «[fragt] [u]nter den Kanonelementen ... die teleologische Interpretation, welche Bedeutungszuschreibung dem identifizierten Zweck am förderlichsten ist».⁷³⁵ «Bei der ... historisch-teleologischen Interpretation geht es nicht darum, aus dem historischen Material unmittelbar zu ermitteln, welche Vorstellungen und Absichten dem Gesetz hinsichtlich der Erfassung bestimmter Sachverhalte durch eine bestimmte Formulierung zugrundelagen. Vielmehr werden Zwecke [beziehungsweise] (zu verwirklichende) Werte festgestellt, die mit der Erlassung des auszulegenden Gesetzes verfolgt wurden und deren Verwirklichung durch die eine der in Frage kommenden Auslegungsvarianten relativ besser gesichert ist als durch die anderen.»⁷³⁶

405 Beim teleologischen Auslegungselement sind also die denkbaren Auslegungsergebnisse mit dem Zweck der Norm zu vergleichen, und es ist jeweils zu fragen, ob ein Auslegungsergebnis – man kann die denkbaren Auslegungsergebnisse als Auslegungsvarianten oder -hypothesen bezeichnen⁷³⁷ – dem

733 Ob das, was die Gesetzgebungsorgane wollten, auch das ist, was gilt, hängt natürlich zunächst davon ab, ob es auch umgesetzt wurde. Es hängt aber auch davon ab, welches Gewicht dem «gesetzgeberischen Willen» zukommt, was die Frage ist, ob der objektive oder subjektive Sinn relevant ist. Vgl. dazu vorn N 398.

734 Hinten N 410 f. und hinten Fn. 1029; zum «Umgekehrten» vgl. KRAMER, Methodenlehre, S. 161: «Das Verhältnis [des teleologischen Auslegungselements] zum sprachlich-grammatischen Auslegungselement ist durch den Umstand geprägt, dass sich der Zweck einer gesetzlichen Anordnung im Allgemeinen – von ausdrücklichen Zweck- bzw. Programmartikeln ... abgesehen – nicht unmittelbar aus dem Gesetzeswortlaut ableiten lässt.»

735 EMMENEGGER/TSCHECHTSCHER, Art. 1 ZGB N 290, N 296.

736 BYDLINSKI, Methodenlehre, S. 451 (Herv. wegg.).

737 Nach FORSTMOSER/VOGT, § 1 N 110 f., sind «Arbeitshypothesen», die sich aus «begrifflichen und formalen Elementen» ergeben, aufgrund von Interessen und «vom Gesetzgeber getroffenen Wertentscheidungen» auf ihre materielle Richtigkeit zu überprüfen. BRAUN, S. 131 unten, spricht von Auslegungshypothesen. Er geht jedoch davon aus, dass nicht nur die teleologische, sondern alle Auslegung aufgrund von Auslegungshypothesen erfolgen soll (S. 131 f.). Vgl. schon S. 103 (Herv. wegg.): «Der entscheidende Schritt ist deshalb auch bei der Gesetzesauslegung das Aufstellen einer sinnvollen Hypothese [beziehungsweise] die gedankliche Vorwegnahme eines mit hinreichender Aussicht auf Erfolg zu verteidigenden Auslegungsergebnisses.»

Zweck mehr oder weniger entspricht. Welche Auslegungsergebnisse «denkbar» sind, kann sich dabei aus der bisherigen Auslegung ergeben.⁷³⁸

3. Präventionszweck und Geltung des Zulässigen

Die wohl herrschende Lehre geht davon aus, dass die Geltung des Zulässigen dem Präventionszweck von Artikel 8 UWG widerspricht.⁷³⁹ Die Annahme, der Präventionszweck des Artikel 8 UWG verlange eine erweiterte Unwirksamkeit, setzt aber zwei Annahmen voraus. Erstens, dass nur eine Auslegungshypothese infrage kommt, die den Zweck der Norm fördert; dass namentlich eine solche Auslegungshypothese nicht infrage kommt, die den Zweck der Norm zwar nicht fördert, aber ihm immerhin nicht zuwiderläuft, ihn also nicht vereitelt.⁷⁴⁰ Und zweitens, dass der Präventionszweck des Artikels 8 UWG gerade mit dessen vertraglicher Rechtsfolge gefördert werden soll und nicht andere Mittel infrage kommen und (vom Gesetzgeber) vorgesehen sind.⁷⁴¹

4. Notwendigkeit des Förderns

Aufgabe von Gesetzen ist es, «die Wirklichkeit [zu] gestalten».⁷⁴² Erlässt der Gesetzgeber ein Gesetz, so muss man annehmen, dass er es auch umgesetzt haben und die mit dem Gesetz geförderten Zwecke verwirklicht haben will.⁷⁴³

738 Dass dies auch durch «[k]onstruktive Phantasie» (BRAUN, Titel zu S. 92 ff.) und durch «Intuition» (S. 106) geschehen kann oder muss, soll hier nicht infrage gestellt werden. Man kann die bisher gemachten Schritte genauso gut als Quellen einer – im Rahmen der teleologischen Auslegung zu prüfenden – Auslegungshypothese betrachten wie als Schritte zur Überprüfung einer bereits bestehenden «Vermutung» über die Rechtslage (eine solche vorn N 166). Vgl. schon HUBER, S. 50, der von den «Bedingungen des spekulativen ... Erkennens» spricht.

739 HEISS, Art. 8 UWG N 248 (Herv. wegg.): Von der grundsätzlichen Möglichkeit, die missbräuchliche Klausel derart zu teilen, dass neben dem nichtigen Teil ein anderer, wirksamer Teil bestehen bleibt, sollte «[s]chon aus generalpräventiven Gründen ... nur äusserst sparsam Gebrauch gemacht werden». Und N 249, wonach eine Reduktion auf das gerade noch zulässige Mass «[n]ach dem Schutzzweck des Art. 8 UWG unzulässig» ist. THOUVENIN, Art. 8 UWG N 146, mit Hinweisen auf abweichende und relativierende Ansichten. Nach PROBST, SHK, Art. 8 UWG N 291, sei «[a]nsichts des Konsumentenschutzcharakters» von Art. 8 UWG Geltung des Zulässigen ausgeschlossen. DAVID/JACOBS: «Würden unlautere Klauseln einfach auf das noch statthafte Mass zurückgesetzt, hätten unseriöse Anbieter keinen Anlass, sich um lautere Klauseln zu bemühen, da sie selbst bei widerrechtlichem Inhalt nichts zu verlieren hätten.» RUSCH, Salvatorische Klauseln, S. 75: «Eine funktionierende AGB-Kontrolle muss jedoch wollen, dass die missbräuchlichen Klauseln auch tatsächlich verschwinden – ansonsten sie gegenüber nichtsahnenden Konsumenten, die sich dadurch beeindrucken lassen, weiterhin Verwendung finden.»

740 Dazu hinten N 430 ff.

741 Dazu hinten N 410 ff.

742 SCHLUEP, Rechtstheorie, N 1328.

743 Vgl. RUSCH, Schadenabwältungsklauseln, S. 443: «Wer ein neues Gesetz gegen missbräuchliche AGB schafft, muss auch wollen, dass es Wirkung entfaltet.»

- 408 Nach Artikel 36 Absatz 3 BV müssen Einschränkungen von Grundrechten verhältnismässig sein; bei der – durch Artikel 8 UWG eingeschränkten – Vertrags- und damit Wirtschaftsfreiheit handelt es sich um ein Grundrecht.⁷⁴⁴ Damit ein Gesetz verhältnismässig ist – was im Übrigen auch Artikel 5 Absatz 2 BV für alles staatliche Handeln und damit auch für die Gesetzgebung fordert⁷⁴⁵ –, muss es (unter anderem) geeignet sein.⁷⁴⁶ Geeignet, das von ihnen verfolgte öffentliche Interesse⁷⁴⁷ umzusetzen, sind aber nur Gesetze, die den von ihnen verfolgten Zweck – eben das öffentliche Interesse – auch fördern. Ansonsten sind sie «sinn- und zwecklos» und damit sogar willkürlich (Artikel 9 BV).⁷⁴⁸ Bereits die Verfassung fordert also, dass bei der teleologischen Auslegung eine Auslegungsvariante angenommen wird, die den Zweck des Gesetzes fördert.⁷⁴⁹
- 409 Von der Frage, ob vertragliche Rechtsfolge der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen die Geltung des Zulässigen ist oder eine erweiterte Unwirksamkeit, ist eine andere Frage zu unterscheiden: wie weit die Unwirksamkeit «erweitert» werden soll. Denn es handelt sich dann um mehrere Auslegungsvarianten, die alle den Zweck fördern. Genügt «bereits ein Beitrag zur Zielverwirklichung»,⁷⁵⁰ kann allein aufgrund des Zwecks nicht

744 1. Kapitel des 2. Titels der BV (Art. 7 ff.).

745 Nach EPINEY, Art. 36 BV N 53, «[kommt d]em Verhältnismässigkeitsgrundsatz in Art. 36 Abs. 3 ... im Grundsatz dieselbe Bedeutung wie in Art. 5 Abs. 2 zu».

746 EPINEY, Art. 5 BV N 70.

747 Art. 5 Abs. 2 und Art. 36 Abs. 2 BV.

748 Vgl. nur TSCHENTSCHER, Art. 9 BV N 8: «In der Rechtsetzung liegt nach jüngerer Rechtsprechung Willkür vor, wenn sich die erzeugte Rechtsnorm «nicht auf ernsthafte Gründe stützen lässt oder sinn- und zwecklos ist». ... Es gilt in Verbindung mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip (Art. 36 Abs. 3), wenn es an der Eignung fehlt, weil die Massnahme gar keine Förderung des Zweckes bewirkt oder sogar kontraproduktiv ist. Das Bundesgericht bezeichnet das dann vereinfacht als «offensichtliche Unverhältnismässigkeit.»

749 Damit handelt es sich (gleichzeitig) um verfassungskonforme Auslegung, die wiederum als systematische Auslegung verstanden werden kann; aufgrund des «pragmatischen Methodenpluralismus» spielt es aber keine Rolle, welchem Auslegungselement man ein Argument zuordnet. Erlässt der Bundesgesetzgeber ein «sinn- und zweckloses» Gesetz, ist dieses zwar nach Art. 190 BV verbindlich. Es bestehen aber keine Hinweise, dass der Gesetzgeber mit Art. 8 UWG die BV verletzen wollte.

750 EPINEY, Art. 5 BV N 70. EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 ZGB N 296 (Herv. hinz.), gehen hingegen davon aus, dass «[u]nter den Kanonelementen ... die teleologische Interpretation danach [fragt], welche Bedeutungszuschreibung dem identifizierten Zweck *am förderlichsten* ist». Vgl. aber wiederum BGE 121 III 219 Erw. 1.c.cc S. 229: «Wäre demnach Art. 651 Abs. 3 OR so auszulegen, dass er in Verbindung mit Art. 650 Abs. 2 Ziff. 8 OR eine Ermächtigung des Verwaltungsrates zum Entscheid über das Bezugsrecht ausschliesst, würde die Verwendbarkeit der genehmigten Kapitalerhöhung zu den ihr zugeordneten Zwecken in der Praxis weitgehend illusorisch.» Eine Auslegungsvariante ist demnach nicht schon dann abzulehnen, wenn sie nicht die förderlichste ist, sondern erst dann, wenn sie das Erreichen des Zwecks «illusorisch» macht. Immerhin ergibt sich aus dem Entscheid nur, dass *jedenfalls* eine Auslegungsvariante

entschieden werden, wieweit die «Erweiterung» gehen soll. Ob also bei Annahme einer erweiterten Unwirksamkeit zwischen den Parteien gilt, was sie angemessenerweise vereinbart hätten, oder ob die Unwirksamkeit ([wo möglich] quantitativ oder qualitativ) noch weiter gehen soll, kann man allein mit dem Kriterium, dass eine Auslegungsvariante das Erreichen des Zwecks fördern muss, nicht entscheiden.⁷⁵¹ Es wird sich allerdings zeigen, dass trotz des Präventionszwecks von Artikel 8 UWG und trotz der Notwendigkeit, eine Auslegungsvariante anzunehmen, die den Zweck fördert, vertragliche Rechtsfolge der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen Geltung des Zulässigen und keine erweiterte Unwirksamkeit ist. Wieweit eine solche Unwirksamkeit also gehen sollte – wenn das Gesetz sie vorsehen würde –, kann deshalb offenbleiben.

5. Andere Mittel?

a. Vielfalt der Mittel

«Selbst wenn man den Zweck des Gesetzes und der dazu gehörenden Einzelnorm kennt, bleibt die dornenvolle Aufgabe, ihn in eine pragmatische Beziehung zum Norminhalt als Mittel zu bringen. [Es] stehen in der Regel verschiedene Mittel zur Erreichung des gegebenen Zwecks zur Verfügung, deshalb ist wiederum aufgrund entstehungszeitlicher Untersuchungen auszumachen, weshalb genau dieses und nicht ein anderes Mittel gewählt wurde.»⁷⁵² Forstmoser/Vogt weisen darauf hin, dass «man sich im Klaren darüber sein [muss], dass regelmässig verschiedene Möglichkeiten offenstehen, um einen Zweck zu verfolgen. Der Rückschluss vom Zweck auf einen bestimmten Sinn und damit den Inhalt der Norm ist aus diesem Grund in den wenigsten Fällen zwingend.»⁷⁵³

abzulehnen ist, die das Erreichen des Zwecks illusorisch macht. Dass Auslegungsvarianten *nicht* abzulehnen sind, wenn sie für den Zweck *nicht* die förderlichsten sind, ergibt sich aus ihm nicht. Vgl. auch BGE 133 III 153 Erw. 3.3 S. 162 (Herv. hinz.): «Es dürfen deshalb an den Beweis nicht Anforderungen gestellt werden, welche die Durchsetzung der ... Ansprüche bzw. die Verweisung in Art. 28a Abs. 3 ZGB von vornherein *illusorisch* machen, zumal so die Bestrebungen des Gesetzgebers ... geradezu *vereitelt* würden.» Vgl. auch FORSTMOSER/VOGT, § 19 N 120: «Insbesondere wählt der Gesetzgeber häufig nicht das effektivste und konsequenteste Mittel.» Vgl. auch das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 11. Oktober 2016 im Verfahren B-779/2016, Erw. 3.3.2 Abs. 2 S. 10: «Le point de savoir si d'autres moyens eussent été plus appropriés pour atteindre ce but n'est pas déterminant.»

751 Dabei kann man annehmen, dass der Präventionszweck desto mehr gefördert wird, umso mehr die Unwirksamkeit erweitert wird.

752 SCHLUEP, Rechtstheorie, N 1375 (Herv. wegg.).

753 FORSTMOSER/VOGT, § 19 N 120. Vgl. auch § 12 N 283: «Ein vorgegebener Zweck kann mit verschiedenen Mitteln verfolgt werden.» Daraus muss sich dann wohl auch ergeben, dass man nicht ohne Weiteres annehmen darf, der Gesetzgeber habe sich für die Mittel entschieden, die dem Zweck am förderlichsten sind.

- 411 Nur eine erweiterte Unwirksamkeit, nicht aber die Geltung des Zulässigen, fördert das Erreichen des Präventionszwecks von Artikel 8 UWG. Nach dem Ausgeführten reicht das aber nicht aus für die Annahme, dass Rechtsfolge der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen eine erweiterte Unwirksamkeit sei; dies zumindest dann, wenn auch andere Mittel zur Verfügung stehen. Es wurde bereits ausgeführt, dass die vertragliche Rechtsfolge der Verletzung der Schranken der Vertragsfreiheit als Mittel betrachtet werden kann, um die jeweilige Schranke durchzusetzen.⁷⁵⁴ Es ist also zu untersuchen, ob gerade dieses Mittel (vom Gesetzgeber)⁷⁵⁵ gewählt wurde, um Artikel 8 UWG und seinen Präventionszweck durchzusetzen.

b. Keine Mittelauswahl?

- 412 Denkbar ist, dass der Gesetzgeber gar kein Mittel ausgewählt hat. Dann «[k]ann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden», weshalb eine solche (als «Regel, die [das Gericht] als Gesetzgeber aufstellen würde») zu schaffen wäre.⁷⁵⁶ Es wäre nach dem Ausgeführten auch planwidrig – da verfassungswidrig –, wenn der Gesetzgeber kein(e) Mittel vorsieht, um den Zweck einer Norm zu fördern; man könnte dann von einer «technischen Lücke»⁷⁵⁷ sprechen.⁷⁵⁸

c. «Negative» Mittelauswahl?

aa. Allgemeines

- 413 Ein ausdrücklicher Entscheid des Gesetzgebers über den Umfang der Unwirksamkeit hat sich für Artikel 8 f. UWG und auch für Artikel 19 f. OR – anders als zum Beispiel für die Artikel 15 und 32 KKG⁷⁵⁹ – nicht gezeigt. Das schliesst aber die Annahme nicht aus, dass der Gesetzgeber die erweiterte Unwirksamkeit gerade als ein Mittel zur Umsetzung von Artikel 8 UWG und seines

754 Vorn N 186. Nichts anderes ist ja die Annahme, der Präventionszweck von Art. 8 UWG fordere eine erweiterte Unwirksamkeit: die Annahme, dass die erweiterte Unwirksamkeit das Mittel zur Umsetzung von Art. 8 UWG und seines Präventionszwecks sei.

755 Vgl. für das KG JACOBS, S. 579 («Die Wahl der Instrumente ist weitgehend dem Gesetzgeber überlassen»).

756 Vgl. Art. 1 Abs. 2 ZGB.

757 Vgl. FORSTMOSER/VOGT, § 15 N 61; KRAMER, Methodenlehre, S. 205 f.

758 Ob es sich dabei um Auslegung oder Lückenfüllung handeln würde, muss hier nicht entschieden werden. Die erweiterte Unwirksamkeit ist aber wohl mit dem Wortlaut des Gesetzes (Art. 8 f. UWG, Art. 19 f. OR) vereinbar, sodass ihre Annahme Auslegung wäre und nicht Lückenfüllung (und damit gar keine Lücke voraussetzt). Das Problem, dass das Gesetz nach «bisheriger» Rechtsfindung keine Mittel zur Umsetzung seines Zwecks vorsieht, ist aber das gleiche, unabhängig davon, ob die Annahme eines (bestimmten) Mittels Auslegung oder Lückenfüllung ist.

759 Zu diesen hinten N 490 ff.

Präventionszwecks gewählt hat. Es schliesst aber auch die Annahme nicht aus, dass er es gerade *nicht* gewählt hat.

Es stellt sich also die methodische Frage, wie man eine «negative Antwort» des Gesetzes – falls das Gesetz diese gibt – erkennen kann. Ergibt sich nach «vollständiger» Auslegung des Gesetzes eine Rechtsregel aus diesem nicht, stellt sich nämlich die Frage, ob diese Regel im Wege der Lückenfüllung «zu schaffen» (oder anzunehmen) ist.⁷⁶⁰ Liegt statt einer Lücke ein qualifiziertes Schweigen vor,⁷⁶¹ ist die Nicht-Existenz der angenommenen Rechtsregel die Rechtsregel: Das Gesetz entscheidet dann, dass die angenommene Rechtsregel nicht besteht (sondern die Regel besteht, die sich aus dem «allgemeinen negativen Satz» ergibt).⁷⁶² Die Unterscheidung zwischen Lücke und qualifiziertem Schweigen wird üblicherweise erst nach der Auslegung gestellt; eben, wo sich die Frage stellt, ob das Auslegungsergebnis durch Lückenfüllung zu «korrigieren» ist. Doch auch diesseits der Grenze zwischen Auslegung und Lückenfüllung (wo immer diese Grenze ist) gibt es Rechtsfragen, die der Gesetzgeber zwar nicht ausdrücklich beantwortet hat, auf die sich aber doch aus dem Gesetz eine Antwort ergibt. Man kann dann von einer «abschliessenden Regelung» sprechen.⁷⁶³

760 Zur Frage, ob das Recht – auch bei der Lückenfüllung – gefunden oder erfunden wird, vgl. GAUCH, Schluss, S. 222. Das ist aber hier jedenfalls solange ohne Bedeutung, als man beim einem wie beim anderen eine Bindung an das Gesetz annimmt, soweit dieses zumindest in allgemeiner Weise eine Antwort gibt. Vgl. dazu BGE 121 III 219 Erw. 1.d.aa S. 224 f., wonach für die Auslegung und die Lückenfüllung die gleichen Methoden anzuwenden sind.

761 Zum Verhältnis des Vorliegens einer Lücke und eines qualifizierten Schweigens hinten N 499 ff.

762 Zustimmend zur Annahme eines «allgemeinen negativen Satzes» CANARIS, Lücken, S. 50 (§ 43) (Herv. i.O.), wonach «ein Anspruch, eine Einwendung, ein Gestaltungsrecht [und so weiter], das in keiner Weise seine Grundlage im geltenden Recht findet, in der Tat nicht besteht». Vgl. aber S. 49 f. (§§ 41 f.). Vgl. auch BYDLINSKI, Methodenlehre, S. 472 (bei Fn. 146); LARENZ/CANARIS, S. 198 f. Vgl. auch BGE 144 II 281 Erw. 4.5.2 S. 292: Ohne besondere Haftungsgrundlage gilt der Grundsatz «casum sentit dominus». Dieser Grundsatz ist – im Haftungsrecht – der «allgemeine negative Satz».

763 FORSTMOSER/VOGT, § 15 N 32, gehen allerdings davon aus, auch die Erscheinung der «abschliessenden Regelung» spiele erst bei der Frage, ob eine Lücke besteht (oder eben ein qualifiziertes Schweigen), eine Rolle. Denkbar sind aber zumindest auch «abschliessende Regelungen» in dem Sinne, dass sie nicht durch Auslegung erweitert werden dürfen. Dass eine solche vorliegt, dürfte sogar Voraussetzung sein für die Annahme einer «abschliessenden Regelung» im Sinne eines qualifizierten Schweigens. So dürfen die Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 41 Abs. 1 OR wohl nicht durch Lückenfüllung ergänzt oder vermindert werden (vgl. aber BGE 110 II 456, in dem das Bundesgericht die Tatbestandsvoraussetzungen zumindest im Ergebnis abänderte, dazu FELLMANN, Art. 1 PrHG N 8). Dann dürfen sie erst recht nicht durch Auslegung ergänzt oder eingeschränkt werden, da der Wortlaut dafür keinen Raum lässt. Die Ähnlichkeit von Auslegung und Lückenfüllung für die Frage, ob neben den

- 415 Es stellt sich also die Frage, ob eine abschliessende Regelung über die Mittel zur Umsetzung des Präventionszwecks von Artikel 8 UWG besteht. Um zu beantworten, ob eine *abschliessende* Regelung darüber besteht, ist zuerst die Frage zu beantworten, ob *überhaupt* eine Regelung besteht.

bb. Bestehen einer Regelung

- 416 Das UWG sieht in den Artikeln 9 ff. (2. Abschnitt) «[p]rozessrechtliche Bestimmungen» vor. «Entgegen seiner Überschrift enthält der 2. Abschnitt nicht in erster Linie prozessrechtliche Bestimmungen, sondern ... primär materiellrechtliche Regelungen im Zusammenhang mit der Durchsetzung wettbewerbsrechtlicher Ansprüche durch Private.»⁷⁶⁴ Die erweiterte Unwirksamkeit als vertragliche Rechtsfolge der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen ist ebenfalls eine «materiellrechtliche Regelung», nämlich (wie bereits ausgeführt)⁷⁶⁵ eine solche zur Durchsetzung des (Artikels 8) UWG und seines Präventionszwecks.
- 417 Artikel 10 Absatz 2 UWG sieht für Berufs- und Wirtschaftsverbände und Konsumentenschutz-Organisationen Ansprüche vor.⁷⁶⁶ Diese Ansprüche ermöglichen zwar nicht eine kollektive Rechtsdurchsetzung reparatorischer Ansprüche.⁷⁶⁷ Dennoch sollen sie der besseren Durchsetzung des UWG dienen.⁷⁶⁸ Nach Absatz 3 kann (unter weiteren Voraussetzungen) auch der Bund eine solche Klage führen. Auch das ist eine Regel über die Durchsetzung des UWG (und seines Präventionszwecks).⁷⁶⁹

im Gesetz ausdrücklich erwähnten «Fällen» noch andere bestehen, erwähnt das Bundesgericht in BGE 103 Ia 487 Erw. 2 S. 489: «Im übrigen kann das zürcherische Abstimmungsrecht geradezu als Schulbeispiel für eine vom kantonalen Gesetzgeber abschliessend geregelte Materie gelten. ... Jedes Gesetz ist auslegungsbedürftig und weist mehr oder weniger grosse Lücken auf.» (Zu diesem Entscheid auch hinten N 422 ff.)

764 DOMEJ, Vor Art. 9-13a UWG N 1.

765 Vorn N 186.

766 DOMEJ, Art. 10 UWG N 14.

767 Im Gegenteil ist eine solche im Sinne einer «class action» gerade ausgeschlossen, DOMEJ, Art. 10 UWG N 19; vgl. aber zu einem entsprechenden Revisionsvorschlag hinten N 650 ff. Immerhin setzt Art. 9 Abs. 2 lit. a – im Gegensatz zu lit. b – UWG voraus, dass die Verbände «zur Wahrung der wirtschaftlichen Interessen ihrer Mitglieder befugt sind», es sich also «materiell» nicht um Ansprüche irgendwelcher Dritter handeln darf. Dazu auch hinten N 647.

768 Vgl. nur BOTSCHAFT UWG 1983, S. 1010.

769 In der BOTSCHAFT UWG 1983, S. 1079 Abs. 3, führte der Bundesrat aus, dass «[b]ei der besonderen Klageberechtigung des Bundes ... in erster Linie die präventive Wirkung des neuen Instrumentes zu betonen» sei; damit werde «[d]en Normen des revidierten Gesetzes ... eine erhöhte Durchschlagskraft vermittelt». Ob aber zum Beispiel die Klagemöglichkeit für Konsumentenschutzorganisationen (Art. 10 Abs. 2 lit. b UWG) der Prävention tatsächlich dient oder ihr überhaupt dienen kann (also dazu geeignet ist),

cc. Sind die Artikel 9f. UWG abschliessend?

Das UWG enthält also in seinen **Artikeln 9f.** materiellrechtliche Regeln über die Durchsetzung seines Präventionszwecks und über die dafür «ausgewählten» Mittel. Das Mittel der erweiterten Unwirksamkeit widerrechtlicher (Artikel 2 UWG) Verträge ist darin nicht aufgeführt.⁷⁷⁰ Zu untersuchen bleibt, ob diese Regelung der Annahme eines weiteren Mittels – eben der erweiterten Unwirksamkeit widerrechtlicher Verträge – entgegensteht. Es ist also zu untersuchen, ob es sich um eine abschliessende Regelung handelt.⁷⁷¹

aaa. BGE 91 IV 195

In **BGE 91 IV 195** nahm das Bundesgericht an, die Aufzählung der «Erschwerungsgründe» bei Unzucht mit Kindern⁷⁷² sei abschliessend. Als Alternativen zur abschliessenden Regelung erwähnte es eine «allgemeine Fassung» oder die «Nennung einzelner Beispiele». ⁷⁷³ Die Annahme einer «allgemeinen Fassung» lehnte es aufgrund einer historischen Auslegung ab: Ein Antrag, «die Aufzählung durch eine allgemeine Fassung zu ersetzen», sei «ausdrücklich und endgültig» abgelehnt worden.⁷⁷⁴ Die Annahme, es handle sich um die «Nennung einzelner Beispiele», lehnte es aufgrund einer grammatikalischen und einer historischen Auslegung ab. Im Rahmen der grammatikalischen Auslegung sei die Regelung dann als Aufzählung von Beispielen zu verstehen, wenn eine entsprechende Wendung dies zum Ausdruck brächte («namentlich», «insbesondere», «oder ähnlichen Stoffen», «oder auf andere Art»), was

ist hier nicht zu untersuchen. Zu untersuchen ist allein, welche Mittel der Gesetzgeber zur Durchsetzung des (Art. 8) UWG vorgesehen hat (und welche gerade nicht). Ob es sinnvoll ist, ein bestimmtes Mittel (nicht) vorzusehen, ist jedenfalls solange ohne Bedeutung, als das vorgesehene Mittel nicht geradezu offensichtlich ungeeignet ist (wobei aufgrund von Art. 190 BV auch das grundsätzlich hinzunehmen wäre).

⁷⁷⁰ Vgl. für das deutsche Recht schon HAGER, S. 178: «Man sollte aus dem abstrakten Kontrollverfahren die notwendige Konsequenz ziehen; mit ihm hat der Gesetzgeber das Mittel zur Verfügung gestellt, um die Verwendung rechtswidriger AGB zu verhindern, und nicht mit dem in den Rechtsfolgen und Auswirkungen unzureichenden angeblichen Verbot der geltungserhaltenden Reduktion.» Und schon ROTH, S. 417 («Zudem wird [beim AGBG] die erforderliche Generalprävention durch die Verbandsklage des § 13 AGBG verwirklicht.»). Vgl. nun auch UFFMANN, Reduktion, S. 279, und UFFMANN, Vertragsgerechtigkeit, S. 2230 («Die präventive Wirkung der ersatzlosen Unwirksamkeitssanktion wird zu dem einzig entscheidenden normativen Zweck der Rechtsfolgen- seite der Inhaltskontrolle erhoben»).

⁷⁷¹ Dazu schon vorn N 188.

⁷⁷² Art. 191 Ziff. 1 Abs. 2 und Ziff. 2 Abs. 5 StGB-1937.

⁷⁷³ BGE 91 IV 195 Erw. 1 S. 195.

⁷⁷⁴ BGE 91 IV 195 Erw. 1 S. 195f.

hier nicht der Fall war. Die historische Auslegung ergab, dass in der Expertenkommission diskutiert wurde, weitere Fälle aufzunehmen; das hätte wenig Sinn gehabt, wenn es um Beispiele gegangen wäre.⁷⁷⁵ Zwar handelte es sich um einen Fall des Strafrechts, bei dem wegen des Artikels 1 StGB andere Rechtsfindungsregeln gelten als im Privatrecht. Für die dargelegte Rechtsfindung war Artikel 1 StGB jedoch nicht relevant, da dieser nur verbiete, «zu Lasten des Beschuldigten über den eindeutigen Wortlaut des Gesetzes hinauszugehen, der dem vom Gesetzgeber gewollten Sinn entspricht».⁷⁷⁶ Die vom Bundesgericht aufgeführten Kriterien für die Prüfung, ob eine Regelung abschliessend ist, ist also nicht von Artikel 1 StGB beeinflusst und gilt⁷⁷⁷ damit auch für das Privatrecht.

420 Weder Artikel 9 noch 10 UWG sind als «allgemeine Fassung» formuliert.⁷⁷⁸ Bei der Regelung der «Klageberechtigung» wird weder in Artikel 9 noch 10 UWG ein Begriff wie «namentlich» verwendet. Nur Artikel 9 Absatz 2 UWG sieht vor, dass der Verletzte *insbesondere* eine Mitteilung oder Veröffentlichung einer Berichtigung oder des Urteils verlangen kann. Dies ist aber im Zusammenhang mit Absatz 1 von Artikel 9 UWG zu lesen. «Die Ansprüche nach Abs. 2 dienen der Beseitigung der Rechtsverletzung; insofern handelt es sich um einen Unterfall von Abs. 1 lit. b.»⁷⁷⁹ Gemeint ist also nicht, dass der Verletzte alle «sinnvoll scheinenden» – oder wie auch immer zu bestimmen – Ansprüche hat, *insbesondere* einen solchen auf Mitteilung oder Veröffentlichung einer Berichtigung oder des Urteils. Gemeint ist nur, dass zu den Ansprüchen des Absatzes 1 *insbesondere* ein Anspruch auf Mitteilung oder Veröffentlichung einer Berichtigung oder des Urteils gehört. Und dass sich aus Artikel 9 Absatz 1 UWG die erweiterte Unwirksamkeit nicht ergibt, wurde bereits ausgeführt.⁷⁸⁰

421 Bei Anwendung der Kriterien, die das Bundesgericht hier aufstellte,⁷⁸¹ ergibt sich, dass es sich bei den Artikeln 9 f. UWG eher um eine abschliessende Regelung handelt.

775 BGE 91 IV 195 Erw. 1 S. 196.

776 BGE 91 IV 195 Erw. 1 am Ende S. 196.

777 Wieweit die bundesgerichtliche Rechtsprechung überhaupt «gilt», also verbindlich ist, muss hier nicht beantwortet werden.

778 Das ist bei der Festlegung materiellrechtlicher Ansprüche wohl angesichts der Erfordernisse der Rechtsgleichheit und der Vorhersehbarkeit des Rechts kaum denkbar. Vgl. allerdings Art. 2 ZGB, der die Rechtsfolge seiner Verletzung – also die daraus sich ergebenden Ansprüche – nur vage festlegt (vgl. dazu vorn N 371 ff.).

779 DOMEJ, Art. 9 UWG N 29.

780 Vorn N 182 ff.

781 Allerdings ist zum Beispiel Art. 336 OR nicht abschliessend, ohne dass sich aus dem Wortlaut ein entsprechender Hinweis ergäbe (PORTMANN/RUDOLPH, Art. 336 OR N 21).

bbb. BGE 103 Ia 487

In BGE 103 Ia 487 nahm das Bundesgericht – im Zusammenhang mit der Frage, ob den Gemeinden des Kantons Zürich diesbezüglich Autonomie zukomme – an, das Verfahren bei Gemeindeabstimmungen im Kanton Zürich sei durch das kantonale Gesetzesrecht abschliessend geregelt.⁷⁸² Es führte aus, dass das kantonale Recht⁷⁸³ «bis in die Einzelheiten die verschiedenen Formen der Gemeindeorganisation, die den zürcherischen Gemeinden zur Verfügung stehen», regle, und verwies auf die gesetzlichen Bestimmungen darüber, welche Gegenstände einer Urnenabstimmung unterliegen und wie das entsprechende Verfahren ablaufe.⁷⁸⁴ Es folgerte daraus, «dass der zürcherische Gesetzgeber das Abstimmungsverfahren nicht nur für kantonale Vorlagen, sondern auch für die Gemeinden verbindlich und abschliessend regeln wollte».⁷⁸⁵

Es wies weiter darauf hin, dass daran nichts ändere, «dass nicht jede einzelne Frage, die in der Praxis auftauchen kann, ... im kantonalen Recht geregelt ist».⁷⁸⁶ Auch die Artikel 9 f. UWG regeln nicht «jede einzelne Frage». Das steht aber nach dem Ausgeführten der Annahme einer abschliessenden Regelung nicht entgegen.

Die Artikel 9 und 10 UWG enthalten aber eine detaillierte Regelung über die bestehenden Ansprüche, wobei Artikel 9 Absatz 2 UWG sogar deren Inhalt weiter konkretisiert, und darüber, wem diese Ansprüche zustehen (und wem reparatorische Ansprüche gerade nicht zustehen).⁷⁸⁷ Auch das führt eher zur Annahme, dass es sich bei den Artikeln 9 f. UWG um eine abschliessende Regelung handelt.

782 BGE 103 Ia 487, Regeste.

783 Konkret: Das Gemeindegesetz vom 6. Juni 1926 und das Gesetz über die Wahlen und Abstimmungen vom 4. Dezember 1955.

784 BGE 103 Ia 487 Erw. 2 S. 488 f.

785 BGE 103 Ia 487 Erw. 2 S. 489.

786 BGE 103 Ia 487 Erw. 2 S. 489. Wäre das die Voraussetzung, gäbe es abschliessende Regelungen, die die Annahme einer nicht ausdrücklich erwähnten Möglichkeit verbieten, wohl gar nicht. Sondern es gäbe nur entweder Regelungen, die «jede einzelne Frage» regeln, womit diese Regelung abschliessend ist; dann stellt sich aber die Frage, was die Regelung über einen anderen Fall ist, ja gar nicht, weil es auch eine solche Regelung geben muss. Und es gäbe Regelungen, die nicht jede einzelne Frage regeln, die dann nicht abschliessend sein können und jeden anderen Fall auch erfassen müssen.

787 Ob das Bestehen eines Anspruchs und die Frage, wem er zusteht, unterschieden werden können oder ob nicht einfach Art. 10 Abs. 1 UWG – entgegen seinem Wortlaut – weitere Ansprüche schafft, spielt keine Rolle. Jedenfalls besteht eine detaillierte Regel darüber, wer von wem was (aus einer Verletzung des UWG) fordern kann.

ccc. *Normative Zuständigkeit von Artikel 9 UWG*

425 Vorn wurde ausgeführt, Artikel 9 UWG sei nicht normativ zuständig, die vertragliche Rechtsfolge der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen zu bestimmen.⁷⁸⁸ Enthält Artikel 9 UWG also – nach dem dortigen Ergebnis – *keine* Regelung über die vertragliche Rechtsfolge der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen, kann er doch schon gar nicht – wie hier angenommen – eine *abschliessende* Regelung darüber enthalten. Es erscheint deshalb widersprüchlich, dass dort eine normative Zuständigkeit abgelehnt wurde, hier hingegen nicht nur eine normative Zuständigkeit, sondern sogar eine abschliessende Regelung (also gewissermassen eine «ausschliessliche normative Zuständigkeit») angenommen werden soll.

426 Der Widerspruch ist allerdings nur ein vermeintlicher. Denn die normative Zuständigkeit von Artikel 9 UWG wurde dort verneint im Zusammenhang mit der Frage, ob ein Vertrag, der unter Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen geschlossen wurde, anfechtbar oder ex lege unwirksam sei. Eine unveränderte Geltung des Vertrages kam dabei nicht infrage, sondern aus dem geltenden Recht ergab sich der Grundsatz, dass widerrechtliche Verträge (ex lege oder bei Anfechtung) unwirksam sind.⁷⁸⁹ Es *musste* also eine Regel darüber gefunden werden, ob diese Unwirksamkeit ex lege eintrete oder erst bei Anfechtung; denn systemkonform ist nur die grundsätzliche Unwirksamkeit solcher Verträge.⁷⁹⁰ Und aus dem Gesetz ergab sich, dass widerrechtliche und deshalb unwirksame Verträge regelmässig nicht bloss anfechtbar, sondern ex lege unwirksam sind, weshalb dies auch für solche gilt, die unter Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen geschlossen wurden.

427 Was die Frage nach dem Umfang der Unwirksamkeit angeht, besteht eine solche Situation, die einer «technischen Lücke» ähnelt, nicht. Das UWG enthält – wie sich noch zeigen wird – auch dann eine («technisch» und auch am Plan des Gesetzes gemessen) vollständige Regelung zur Durchsetzung des (Artikels 8) UWG, wenn eine erweiterte Unwirksamkeit nicht vorgesehen ist.

788 Vorn N 25 ff.

789 Also nicht oder jedenfalls nicht vollständig *wirksam*, was jedenfalls nicht schon «logisch» ausgeschlossen ist. Im Gegenteil sind trotz eines Gesetzesverstosses Verträge wirksam, wenn die Unwirksamkeit sich nicht aus dem Sinn und Zweck der Norm ergibt (dazu vorn Fn. 335).

790 Die Situation ähnelt einer «technischen Lücke»: Das Gesetz verlangt Unwirksamkeit, sagt aber nichts über den «Weg» dorthin. Da aber Anfechtbarkeit und Unwirksamkeit ex lege mit dem Wortlaut des Gesetzes vereinbar sind, war das Vorliegen einer Lücke nicht zu prüfen.

Es enthält auch eine vollständige Regelung zur Umsetzung *des Präventionszwecks* des (Artikels 8) UWG. Die Artikel 9 und 10 UWG enthalten verschiedene Ansprüche für Dritte (Konkurrenten, Verbände und Organisationen und für den Bund), die gerade der Prävention dienen (sollen). Diese (umfassende) Regel kann man als abschliessend betrachten, sodass weitere materiellrechtliche Regelungen insbesondere *mit dem Präventionszweck* nicht mehr begründet werden können. Bei der Frage nach der Geltendmachung der Unwirksamkeit – bei der nicht von einer abschliessenden Regelung ausgegangen wurde – kam es hingegen nur ganz am Rande auf den Präventionszweck des (Artikels 8) UWG an,⁷⁹¹ sondern es ging um die Frage, ob der Gesetzgeber – bei Genehmigung des Vertrages durch die Parteien – einen Vertrag gelten lassen will, obwohl er die Rechtsordnung verletzt, also eher um einen Zweck der «Einheit der Rechtsordnung». *Darüber* enthält Artikel 9 UWG keine (und schon gar keine abschliessende) Regelung. Deshalb ist es auch kein Widerspruch, für die hier zu beantwortende Frage – Umfang der Unwirksamkeit, insbesondere zur Umsetzung des Präventionszwecks – von einer abschliessenden Regelung auszugehen. Zudem ist – wie sich noch zeigen wird – die Annahme einer Geltung des Zulässigen (anders als die Annahme der Wirksamkeit eines Vertrages, der unter Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen geschlossen wurde, die man aus den Artikeln 9 f. UWG ableiten könnte) auch selber systemkonform.

d. Ergebnis

Die Artikel 9 f. UWG enthalten eine abschliessende Regelung zur Durchsetzung des Präventionszwecks des UWG.⁷⁹² Die Annahme einer erweiterten

791 Vgl. vorn N 37 ff.

792 Vgl. DOMEJ, Art. 10 UWG N 8: «[D]ie rechtlichen und faktischen Rahmenbedingungen [machen] die Durchsetzung berechtigter Ansprüche schwierig», doch liesse sich «[d]ie Attraktivität der Kundenindividuale Klage ... aber wohl nur mit tiefgreifenden Eingriffen in das Rechtsdurchsetzungssystem nennenswert steigern, etwa durch eine weitgehende Befreiung vom Kostenrisiko oder durch «Eingreiferprämien» (etwa in Gestalt von Schadenersatzansprüchen in Höhe eines Mehrfachen des erlittenen Schadens oder überhaupt losgelöst von einem tatsächlichen Schaden).» Stattdessen habe «der Gesetzgeber ... mit der Erweiterung der Bundesklage einen anderen Weg gesucht ..., um die Effektivität der Rechtsdurchsetzung im Allgemeininteresse zu steigern». Vgl. auch das Votum SCHWANDER, AB-NR 2011 III (Sommer-session), S. 1227: «[Bei dieser Gesetzesrevision] ging es um eine bessere Rechtsdurchsetzung. ... Bessere Rechtsdurchsetzung heisst nicht neue Rechtsauslegung, das war nicht die Zielsetzung. Gerade bei Artikel 8 wird aber eine neue Rechtsauslegung formuliert.» Auch das kann man als Hinweis darauf verstehen, dass eben mit den allgemeinen Ansprüchen (Art. 9 f. UWG) und nicht mit spezifischen Verletzungsrechtsfolgen die Rechtsdurchsetzung (und damit die Prävention) hätte verbessert werden sollen. (Dass das Parlament natürlich das Gesetz *setzt* und nicht *auslegt*, ist hier ohne Bedeutung.) SPITZ/UHLMANN,

Unwirksamkeit ist damit jedenfalls mit der Begründung des Präventionszwecks unberechtigt.⁷⁹³ Da andere Mittel vorgesehen sind, die dem Präventionszweck des UWG und von Artikel 8 UWG dienen, ist die Annahme, vertragliche Rechtsfolge der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen sei die Geltung des Zulässigen, auch nicht verfassungswidrig (vgl. vorn N 408).

6. Kein Vereiteln

a. Allgemeines

- 430 Es wurde ausgeführt, dass eine Norm dem von ihr verfolgten Zweck dienen muss, dass aber der Gesetzgeber entscheiden kann, welche(s) Mittel er dafür einsetzen will. Denkbar wäre immerhin, dass eine Auslegungsvariante dann – aufgrund verfassungskonformer Auslegung – abzulehnen ist, wenn sie das Erreichen des Zwecks des Gesetzes vereiteln oder sein Erreichen doch

Vor Art. 16-20 UWG N 29, gehen davon aus, dass für die zivil- und strafrechtlichen Bestimmungen (gegenüber den Kantonen) eine abschliessende Regelung besteht. Der Erlass zivilrechtlicher Bestimmungen dürfte den Kantonen (ohne ausdrückliche Ermächtigung) aber ohnehin nicht zukommen und auch strafrechtlicher nur für Übertretungen oder die Durchsetzung von Verwaltungsrecht. Jedenfalls dürfte die Qualifikation einer Regelung als abschliessend im Sinne der Kompetenzverteilung nicht notwendigerweise auch eine solche Qualifikation im Sinne der Auslegung des Gesetzes zur Folge haben.

793 Vgl. allerdings BGE 100 II 52, nach dem «[d]as [Anlagefondsgesetz] ... zum Schutz der Anleger erlassen worden [ist]. ... Wie aus der Entstehungsgeschichte ferner erhellt, soll der Schutz der Anleger vor allem durch die staatliche Aufsicht gewährleistet werden, die ihrerseits zur öffentlichrechtlichen Aufgabe des Gesetzes gehört (...)» (BGE 100 II 52 Erw. 3.a Abs. 2 am Ende). Aus dieser gesetzgeberischen Mittel-Auswahl folgte das Bundesgericht aber gerade, dass auch andere Mittel anzunehmen seien, nämlich dass (nicht allein die Anleger, sondern auch) der Sachwalter zur Klage berechtigt ist, denn es sei «offensichtlich, dass der Schutz der Anleger dadurch nicht gewährleistet, sondern erheblich geschwächt würde; der einzelne Anteilhaber wäre im Streit mit der mächtigen Fondsleitung und anderen haftpflichtigen Organen sich selbst, seiner Hilflosigkeit und Unerfahrenheit überlassen. ... Die von den Beklagten verfochtene Lösung liefe daher im Ergebnis auf einen verkappten Schutz fehlbarer Organe hinaus, womit der Zweck des Gesetzes in sein Gegenteil verkehrt würde. Auch würde dem Gesetzgeber unterstellt, er habe sich bewusst mit einem schwachen Schutz begnügt, einen wirksamen also bloss vorgegeben. Der wohlverstandene Schutz der Anleger schliesst somit die Klageberechtigung des Sachwalters nicht aus, sondern gebietet sie» (BGE 100 II 52 Erw. 3.a S. 60f.). Immerhin ist die Annahme eines Klagerechts des Sachwalters – selbst wenn er ein solches in eigenem Namen hat (BGE 100 II 52 Erw. 4 S. 63) – für den Schuldner keine materielle Schlechterstellung, wie es eine erweiterte Unwirksamkeit wäre, sondern er muss sich die Geltendmachung des grundsätzlich gleichen Anspruchs einfach auch durch einen anderen gefallen lassen. Das Interesse, dass dieser andere das nicht darf – und erst recht daran, dass der «hilflose» und «unerfahrene» Anleger die Ansprüche überhaupt nicht durchsetzt –, ist aber kaum schutzwürdig (anders als das Interesse daran, das zulässigerweise Vereinbarte – entsprechend den Prinzipien von Vertragsfreiheit und «pacta sunt servanda» – durchzusetzen).

erschweren würde,⁷⁹⁴ und zwar auch dann, wenn der Gesetzgeber zur Förderung des Zwecks andere Mittel vorgesehen hat. Diese methodische Frage kann hier offenbleiben,⁷⁹⁵ da die Annahme, vertragliche Rechtsfolge der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen sei die Geltung des Zulässigen, dem Präventionszweck des UWG oder von Artikel 8 UWG nicht widerspricht (auch wenn sie diese zumindest nicht in einem «herkömmlichen» Sinn fördert).

Eine Auslegungsvariante widerspricht dann dem Zweck des Gesetzes,⁴³¹ wenn sie Anreize setzt, dass die Privaten sich gerade anders verhalten, als das Gesetz es anstrebt; wenn sie also Anreize setzt, das Gesetz zu verletzen (statt es einzuhalten). Es ist zu untersuchen, ob die Annahme, vertragliche Rechtsfolge der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen sei die Geltung des Zulässigen, solche Anreize setzt.

In der Botschaft zum KKG führte der Bundesrat aus: «Würde man sich⁴³² beispielsweise bei einem vertraglich vereinbarten Zins von 18 Prozent damit begnügen, diesen auf den vom Bundesrat hypothetisch auf 15 Prozent festgesetzten zu reduzieren, so müsste dies geradezu als Einladung an die Kreditgeberin gelten, es mit einem vom Gesetz verpönten Zins einmal zu versuchen.»⁷⁹⁶ Er nimmt also an, die Geltung des Zulässigen setze Anreize, das Gesetz zu verletzen.⁷⁹⁷

Man kann aber wohl unterscheiden zwischen dem Setzen eines bestimmten Anreizes und dem «Nicht-Setzen» eines gegenteiligen Anreizes. Dass die Geltung des Zulässigen keinen Anreiz setzt, Artikel 8 UWG einzuhalten,⁷⁹⁸

794 Man könnte sagen, eine solche Auslegungsvariante «widerspreche» dem Zweck des Gesetzes. Dieser Begriff wird im Folgenden verwendet.

795 Immerhin dürfte der Gesetzgeber regelmässig gezwungen sein, zur Durchsetzung eines Zwecks seiner Gesetze Mittel vorzusehen, die andere Zwecke (des gleichen Gesetzes oder anderer Gesetze) nicht nur nicht fördern, sondern ihnen widersprechen. Eine allgemeine Annahme, jede Auslegung sei abzulehnen, sobald sie einem Gesetzeszweck widerspricht, ist also wohl nicht haltbar.

796 BOTSCHAFT KKG, S. 3178. Für Art. 8 UWG gilt das genauso.

797 Vgl. RUSCH, Schadenabwärtungsklauseln, S. 443: «Die geltungserhaltende Reduktion auf das zulässige Mass setzt bei AGB auf beiden Seiten einen falschen Anreiz.» SCHWENZER, OR AT, N 32.45, nimmt an, dass «[d]ie geltungserhaltende Reduktion [also die «Reduktion auf das erlaubte Mass», N 32.44] ... geradezu einen Anreiz [liefert], Übermässiges zu vereinbaren».

798 Jedenfalls keinen (unmittelbaren) ökonomischen Anreiz. Immerhin darf man nicht ausschliessen, dass die Rechtsunterworfenen sich aus «Überzeugung» ans Recht halten. Vgl. nur HUBER, S. 347: «Im Rahmen der Rechtsanwendung nun aber gebührt das grösste Verdienst um die Rechtsverwirklichung den Gemeinschaftsgliedern, die ohne weitere Nachhilfe in aller Stille mit ihrem Verhalten das Recht verwirklichen»; auch S. 348 ff. Vgl. auch die BOTSCHAFT UWG 1983, S. 1052: «Die Erfahrung in der Bundesrepublik Deutschland zeigt vielmehr, dass es in erster Linie darum geht, die unmittelbar

soll hier nicht infrage gestellt werden. Dass sie keinen Anreiz setzt, Artikel 8 UWG einzuhalten, heisst aber nicht gleichzeitig, dass sie einen Anreiz setzt, Artikel 8 UWG nicht einzuhalten.

b. Vergleichssituation

- 434 Ob eine Norm oder eine Auslegungsvariante einen bestimmten Anreiz setzt, hängt davon ab, mit welcher Rechtslage man die Rechtslage, die sich bei Annahme einer Auslegungsvariante ergibt, vergleicht.

aa. Geltung des Zulässigen und erweiterte Unwirksamkeit

- 435 Man kann die Auslegungsvariante «Geltung des Zulässigen» mit der Auslegungsvariante «erweiterte Unwirksamkeit» vergleichen. Eine erweiterte Unwirksamkeit setzt dann einen Anreiz, Artikel 8 UWG einzuhalten, die Geltung des Zulässigen aber nicht.⁷⁹⁹ Man kann das Nicht-Setzen eines Anreizes mit dem Setzen eines gegenteiligen Anreizes gleichstellen. Die Geltung des Zulässigen setzt nach einer solchen Betrachtung weniger Anreize, Artikel 8 UWG

Beteiligten in die Lage zu versetzen, selber für eine loyale Vertragspraxis zu sorgen. Der überwiegende Teil der Fälle könnte sich im gegenseitigen Einvernehmen lösen lassen, wenn einmal der Grundsatz anerkannt ist, dass nicht ohne Not und zur Benachteiligung der schwächeren Vertragspartei von den Regeln des dispositiven Rechts abgewichen werden sollte, und wenn Möglichkeiten geschaffen werden, darüber unter gleichwertigen Partnern zu verhandeln.» Kritisch zu diesem «Appell an die Sozialromantik der Vertragsparteien» aber HEISS, Art. 8 UWG N 36: Dieser habe «aus heutiger Sicht nichts eingebracht, was fraglos schon damals absehbar war». Vgl. zum geltenden Art. 8 UWG aber wiederum das Votum LEUTHARD (AB-SR 2010 III [Herbstsession], S. 938): «Wir glauben deshalb, dass diese neue Fassung von Artikel 8... dazu führen wird, dass der Artikel eine gewisse präventive Wirkung hat, dass sich ... ein Unternehmen, das mit AGB arbeitet, im Vorfeld überlegen wird: Ich will den Kunden, ich will den zufriedenen Kunden. Und in der Regel wird das Unternehmen das bei der Ausgestaltung von AGB berücksichtigen. Es hat Interesse daran, dass in den AGB keine Hunde begraben sind, dass das Kleingedruckte nicht zu Empörung führt, sondern zur Zufriedenheit des Kunden.» Dass AGB-Verwender diese Überlegungen anstellen, mag sein oder nicht; von der Existenz einer AGB-Kontrolle hängt das aber wohl nicht ab. Sodann drohen Prozesskosten, weiter «Anpassungskosten», wenn die «geplante» Rechtslage nicht gilt, sodann möglicherweise Reputations-«Kosten». Welche dieser «Kosten» einen wie grossen Anreiz ausmachen, ist eine empirische Frage, die hier nicht zu klären ist (sondern vom Gesetzgeber im Rahmen des Erlasses eines Gesetzes). GIGER, Konsumkredit, Teil II N 650, geht davon aus, dass die Rechtsunterworfenen sich nur durch Sanktionen zur Einhaltung des Rechts bewegen lassen.

799 Vgl. ULMER, S. 2018 (Herv. hinz.): «[Es] wäre ... mit dem Ziel des AGB-Gesetzes, auf einen angemessenen Inhalt der in der Praxis verwendeten oder empfohlenen AGB hinzuwirken, ... nur schwer vereinbar, wenn durch Zulassung geltungserhaltender Reduktion dem Verwender das mit unangemessenen, teilbaren AGB verbundene Risiko der Gesamtunwirksamkeit genommen und dadurch ihm gegenüber *auf den Anreiz verzichtet würde*, selbst für die vom Gesetz angestrebte Bereinigung der AGB-Praxis zu sorgen.» Es würde also nur auf einen («positiven») Anreiz verzichtet, nicht aber einer (ein «negativer») geschaffen. Ob bereits eine solche Auslegungsvariante abzulehnen ist, ist eine andere Frage.

einzuhalten, setzt in diesem Sinne also einen Anreiz, ihn nicht einzuhalten. (Zwingend scheint das aber nicht: Das Nicht-Setzen eines Anreizes ist wohl gerade nicht das Gleiche wie das Setzen eines gegenteiligen Anreizes.)

bb. Geltung des Zulässigen und «Vertragsfreiheit»

Man kann die Auslegungsvariante «Geltung des Zulässigen» aber auch mit 436
der Rechtslage vergleichen, die ohne Norm über die AGB-Kontrolle besteht (also dann, wenn auch bei allgemeinen Geschäftsbedingungen die Vertragsfreiheit nicht weiter eingeschränkt ist als sonst). Ohne eine solche Norm besteht überhaupt kein Anreiz, «missbräuchliche»⁸⁰⁰ Geschäftsbedingungen nicht zu verwenden. Die Geltung einer Norm über missbräuchliche Geschäftsbedingungen – durch Erlass von Artikel 8 UWG –, deren Verletzungsrechtsfolge die Geltung des Zulässigen ist, setzt zwar ebenfalls keinen (unmittelbaren) Anreiz, keine missbräuchlichen Geschäftsbedingungen zu verwenden.⁸⁰¹ Sie setzt damit aber auch nicht einen geringeren Anreiz, als er in der Situation «keine AGB-Kontrolle» bestünde. Selbst wenn man also einen «geringeren Anreiz als denkbar» schon als «negativen Anreiz» betrachtet, liefert die «Geltung des Zulässigen» keinen solchen «negativen» Anreiz. Sondern sie setzt einfach – gegenüber der Situation ohne AGB-Kontrolle – keinen («positiven») Anreiz.

cc. Ergebnis

Verglichen mit einer Norm über die AGB-Kontrolle, deren Verletzungsrechts- 437
folge die erweiterte Unwirksamkeit ist – und die damit einen positiven Anreiz setzt, Artikel 8 UWG einzuhalten –, fördert eine Norm über die AGB-Kontrolle, deren Verletzungsrechtsfolge die Geltung des Zulässigen ist, den Zweck des Artikels 8 UWG weniger (was man bereits als Anreiz, das Gesetz nicht einzuhalten, betrachten könnte). Verglichen mit der Rechtslage ohne Norm über die AGB-Kontrolle fördert eine Norm über die AGB-Kontrolle, deren Verletzungsrechtsfolge die Geltung des Zulässigen ist, den Zweck des Artikels 8 UWG nicht weniger (sondern im Gegenteil mehr, da zwar aus dem Vertragsverhältnis mit dem Konsumenten keine Nachteile drohen, aber andere Nachteile denkbar sind)⁸⁰².

800 Ohne eine solche Norm wären «missbräuchliche» Geschäftsbedingungen natürlich gar nicht unzulässig. Eine theoretische Qualifikation von Geschäftsbedingungen als «missbräuchlich» (im Sinne des geltenden Art. 8 UWG) ist aber unabhängig davon möglich, ob Art. 8 UWG gilt oder nicht.

801 Genauer: Sie setzt nicht durch den Umfang der Unwirksamkeit widerrechtlicher Verträge einen solchen Anreiz. Andere Anreize, das Gesetz oder das UWG einzuhalten, können trotzdem bestehen.

802 Vgl. vorn Fn. 798.

438 Ob die Auslegungsvariante «Geltung des Zulässigen» dem Zweck von Artikel 8 UWG widerspricht, hängt also davon ab, womit man diese Auslegungsvariante vergleicht (und davon, ob man das Nicht- oder «Weniger»-Fördern des Zwecks bereits als Vereiteln des Zwecks betrachtet). Welche Betrachtung «richtig» ist – und damit darüber entscheidet, ob die Geltung des Zulässigen dem Zweck von Artikel 8 UWG widerspricht –, kann nicht entschieden werden. Das Ausgeführte soll nur zeigen, dass die Annahme der Geltung des Zulässigen durchaus als mit dem Zweck von Artikel 8 UWG vereinbar betrachtet werden kann.

439 Immerhin wollte der Gesetzgeber aber mit Artikel 8 UWG überhaupt erst eine AGB-Kontrolle einführen (nachdem zunächst überhaupt keine Regel über die «offene Inhaltskontrolle» bestand, mit Artikel 8 UWG-1986 eine solche, die als «zahnlos» erachtet wurde)⁸⁰³; der Zweck von Artikel 8 UWG war also, die Rechtslage zu verändern, wie sie ohne eine Norm über die AGB-Kontrolle bestand. Das spricht dafür, zum Vergleich eher diese Rechtslage heranzuziehen und nicht die Rechtslage, die bei der Auslegungsvariante «erweiterte Unwirksamkeit» bestünde. Würde man das anders machen, liefe es darauf hinaus, dass stets die Auslegungsvariante zu wählen ist, die dem Zweck «am förderlichsten» ist.⁸⁰⁴ Das ist schon deshalb nicht anzunehmen, weil es dann nicht mehr der Gesetzgeber wäre, der die Mittel zur Durchsetzung der Gesetze bestimmt. Daher muss man die Annahme der Geltung des Zulässigen eher so betrachten, dass sie den Präventionszweck des (Artikels 8) UWG zwar nicht fördert, ihm aber auch nicht widerspricht.

7. «Eliminationszweck»

440 Gesetze verfolgen aber nicht nur mehrere Zwecke, die einander widersprechen können. Gesetze können auch mehrere Zwecke verfolgen, die grundsätzlich für die gleiche Auslegungsvariante sprechen. So kann man für Artikel 8 UWG neben dem Präventionszweck auch einen «Eliminationszweck» annehmen.⁸⁰⁵ Einem solchen wäre bereits genügt, wenn missbräuchliche Geschäftsbedingungen nicht durchgesetzt werden können, also bei Geltung des Zulässigen. Auch wenn der Präventionszweck von Artikel 8 UWG also nicht durch erweiterte Unwirksamkeit durchgesetzt wird, erfüllt Artikel 8 UWG immer noch seinen Eliminationszweck.⁸⁰⁶ Die Auslegungsvariante «Geltung des

803 Dazu HEISS, Art. 8 UWG N 33, mit weiteren Hinweisen.

804 Dazu vorn N 409 ff.

805 Zu einem solchen für § 138 BGB ARMBRÜSTER, § 138 BGB N 1. Zu weiteren Zwecken, die für eine erweiterte Unwirksamkeit sprechen können, hinten N 469 ff.

806 Das UWG insgesamt verfolgt wohl nicht (allein) einen Eliminationszweck, sondern verlangt seine präventive Durchsetzung. Das ergibt sich schon daraus, dass es den

Zulässigen» ist damit immerhin geeignet, einen anderen Zweck von Artikel 8 UWG durchzusetzen und scheint auch deshalb verfassungskonform.

III. Ergebnis

Die Annahme, vertragliche Rechtsfolge der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen sei die Geltung des Zulässigen, entspricht – wenn auch nicht bestmöglich – dem Zweck von Artikel 8 UWG und entspricht der Mittel-Auswahl, die der Gesetzgeber für das UWG getroffen hat. Mit der Geltung des Zulässigen wird der Zweck von Artikel 8 UWG nicht vereitelt, sie widerspricht diesem Zweck also nicht. Der Präventionszweck von Artikel 8 UWG fordert deshalb nicht, dass die vertragliche Rechtsfolge der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen eine erweiterte Unwirksamkeit ist. 441

§ 18 Europakonforme Auslegung

Denkbar ist, bei der Auslegung von Artikel 8 UWG zu berücksichtigen, was das Recht der Europäischen Union diesbezüglich vorsieht.⁸⁰⁷ Deshalb wird im Folgenden zunächst dargelegt, was das Recht der Europäischen Union über die Kontrolle missbräuchlicher Geschäftsbedingungen vorsieht. Daraufhin wird geprüft, was das für die Auslegung des schweizerischen Rechts für eine Bedeutung hat. 442

I. Inhalt des Rechts der Europäischen Union

1. Ausgangslage

a. Richtlinie 93/13/EWG

In der Europäischen Union gilt die RICHTLINIE 93/13/EWG.⁸⁰⁸ Nach deren Artikel 3 Absatz 1 ist «[e]ine Vertragsklausel, die nicht im einzelnen ausgehandelt wurde, ... als missbräuchlich anzusehen, wenn sie entgegen dem Gebot von Treu und Glauben zum Nachteil des Verbrauchers ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten der 443

«lauteren und unverfälschten Wettbewerb» gewährleisten will; dazu HEIZMANN, UWG-Kommentar, Art. 1 UWG N 56 f. Ob dieser Zweck des Art. 1 UWG auch ein Zweck des Art. 8 UWG ist, scheint nicht so klar. Art. 8 UWG wird denn auch als «Kuckucksei» im UWG bezeichnet (HEISS, Art. 8 UWG N 36 ff., insbesondere N 43). Ob das der Fall ist, kann offenbleiben, da sich auch bei Annahme eines Präventionszwecks von Art. 8 UWG eine erweiterte Unwirksamkeit nicht ergeben hat.

807 Zum deutschen Recht vgl. vorn N 241 ff. und vorn N 293 ff.

808 Im Folgenden die «RICHTLINIE».

Vertragspartner verursacht». Artikel 6 Absatz 1 der RICHTLINIE lautet: «Die Mitgliedstaaten sehen vor, dass missbräuchliche Klauseln in Verträgen, die ein Gewerbetreibender mit einem Verbraucher geschlossen hat, für den Verbraucher unverbindlich sind, und legen die Bedingungen hierfür in ihren innerstaatlichen Rechtsvorschriften fest; sie sehen ferner vor, dass der Vertrag für beide Parteien auf derselben Grundlage bindend bleibt, wenn er ohne die missbräuchlichen Klauseln bestehen kann.»

444 Artikel 7 Absatz 1 der RICHTLINIE lautet: «Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, dass im Interesse der Verbraucher und der gewerbetreibenden Wettbewerber angemessene und wirksame Mittel vorhanden sind, damit der Verwendung missbräuchlicher Klauseln durch einen Gewerbetreibenden in den Verträgen, die er mit Verbrauchern schliesst, ein Ende gesetzt wird.»

b. Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union

445 In Deutschland wird die Frage diskutiert, ob ein «Verbot der geltungserhaltenden Reduktion» bestehe, ob es also (dem Richter) «verboten» sei, zwischen den Parteien, die einen Vertrag unter Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen schlossen, als Rechtslage das gerade noch Zulässige anzunehmen.⁸⁰⁹ Diskutiert wird weiter, ob die Fälle, in denen («passendes») dispositives Recht besteht, und die Fälle, in denen das nicht der Fall ist, unterschiedlich zu behandeln sind; im zweiten Fall könnte das unzulässig Vereinbarte ersatzlos wegfallen oder im Weg der ergänzenden Vertragsauslegung das gelten, was die Parteien angemessenerweise vereinbart hätten.⁸¹⁰

446 «Keine Vorgaben enthält die [RICHTLINIE] darüber, welche Regelungen an die Stelle unwirksamer Klauseln treten sollen. Den Mitgliedstaaten ist deshalb grundsätzlich freigestellt, ob und wie sie die durch die Unwirksamkeit entstehende Lücke im Vertrag schliessen wollen. Der [Gerichtshof der Europäischen Union] hat allerdings klargestellt, dass der nationale Richter nicht dazu befugt ist, missbräuchliche Klauseln inhaltlich abzuändern; insbesondere darf der Inhalt einer beanstandeten Vertragsbestimmung nicht auf das gerade noch zulässige Mass herabgesetzt werden. Der Richter muss die fragliche Klausel vielmehr insgesamt unangewendet lassen. Der Gerichtshof stützt das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion – ebenso wie der [Bundesgerichtshof] im Rahmen des nationalen Rechts – auf generalpräventive Überlegungen. Er verweist dabei auf Art. 7 [der RICHTLINIE]⁸¹¹ und

809 Vgl. vorn N 293 ff. Vgl. sodann vorn, Fn. 520, den Hinweis darauf, dass unklar ist, ob das «Verbot der geltungserhaltenden Reduktion» zur Geltung dessen führt, was die Parteien angemessenerweise vereinbart hätten, oder die Unwirksamkeit noch weiter geht.

810 Vorn N 245.

811 Vgl. vorn N 444 (zu Art. 7 Abs. 1; die Abs. 2 und 3 sind hier ohne Bedeutung).

Erwägungsgrund 24,⁸¹² aus denen sich ergebe, dass die [RICHTLINIE] dem Schutz eines «öffentlichen Interesses» diene und der Verwendung missbräuchlicher Klauseln in Verbraucherverträgen generell ein Ende setzen wolle. Vor diesem Hintergrund solle die Anordnung der vollständigen Unverbindlichkeit missbräuchlicher Klauseln den Unternehmer davor abschrecken, derartige Klauseln zu verwenden. Der Abschreckungseffekt werde bei Zulassung der geltungserhaltenden Reduktion vereitelt, da die beanstandete Vertragsklausel dann weiterhin verwendet werde und – in den Grenzen des gesetzlich Erlaubten – von den gesetzlichen Vorschriften zugunsten des Verwenders abweiche. Hingegen hat der Gerichtshof festgestellt, dass die Ersetzung der missbräuchlichen Klausel durch eine dispositive gesetzliche Bestimmung des anwendbaren nationalen Rechts mit den Vorgaben der [RICHTLINIE] im Einklang stehe. Die in § 306 Abs. 2 [BGB] verankerte Lösung des deutschen Rechts, Lücken durch den Rückgriff auf das dispositive Recht zu schliessen, ist daher mit der [RICHTLINIE] vereinbar».⁸¹³

Die Geltung des Zulässigen als Rechtsfolge der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen (gemäss Richtlinie: «Klauseln») widerspricht damit – nach Ansicht des Gerichtshofes der Europäischen Union – der RICHTLINIE. Als zulässig erachtete der Gerichtshof der Europäischen Union nur, dass anstelle des unzulässigerweise Vereinbarten gilt, was das dispositive Recht vorsieht. Was damit in Fällen gilt, in denen kein dispositives Recht besteht – Fälle, die in Deutschland mit der ergänzenden Vertragsauslegung gelöst werden –, ist damit wohl nicht gesagt;⁸¹⁴ wäre dispositives Recht die einzige zulässige Ersatzordnung, würde das heissen, dass in Fällen, in denen kein dispositives Recht besteht, die unzulässige Vereinbarung ersatzlos wegfallen würde.

812 Die 24. (und letzte) Erwägung lautet: «Die Gerichte oder Verwaltungsbehörden der Mitgliedstaaten müssen über angemessene und wirksame Mittel verfügen, damit der Verwendung missbräuchlicher Klauseln in Verbraucherverträgen ein Ende gesetzt wird.»

813 BASEDOW, § 306 BGB N 5. Vgl. auch LINDACHER/HAU, § 306 BGB N 17a und N 28a. Kritisch zum Entscheid des Gerichtshofes der Europäischen Union SCHLOSSER, § 306 BGB N 12 (S. 183).

814 ZSCHIESCHACK, § 306 BGB N 57 ff., geht davon aus, dass die ergänzende Vertragsauslegung weiterhin zulässig ist, was auch der Ansicht des Bundesgerichtshofes entspreche (mit Verweisen auf die Rechtsprechung). Anders UFFMANN, Vertragsgerechtigkeit, S. 2230 (Ziff. V. 2); sie weist zudem darauf hin, dass, «[k]onsequent zu Ende gedacht[,] ... auch das dispositive Gesetzesrecht nicht mehr als Ersatzordnung zum Zuge kommen dürfte»; aus dem Entscheid des Europäischen Gerichtshofes ergibt sich aber gerade, dass das dispositive Gesetzesrecht als Ersatzordnung zulässig ist (womit natürlich nicht gesagt ist, dass diese Ansicht «konsequent zu Ende gedacht» ist).

II. Bedeutung für die Schweiz

448 Denkbar sind wohl zwei Wege, auf denen die Rechtslage in der Europäischen Union für die Schweiz von Bedeutung sein kann. Zunächst ist eine europarechtskonforme Auslegung denkbar, bei der das Schweizer Recht so ausgelegt wird, dass es mit dem Recht der Europäischen Union übereinstimmt; dass also die Rechtslage angenommen wird, die bestehen würde – oder zu deren Schaffung die Schweiz immerhin verpflichtet wäre⁸¹⁵ –, wenn die Schweiz Mitglied der Europäischen Union wäre. Eine solche kann dadurch gerechtfertigt werden, dass der Gesetzgeber gerade wollte, dass das schweizerische Recht dem der Europäischen Union entspricht.⁸¹⁶ Weiter ist eine Auslegung denkbar, die (nur, aber immerhin) im Rahmen des Rechtsvergleichs das Recht der Europäischen Union – und damit ihrer Mitgliedsstaaten⁸¹⁷ – betrachtet.⁸¹⁸

815 Manche Rechtsakte der Europäischen Union richten sich nur an die Mitgliedstaaten und verpflichten diese, ihr Recht anzupassen; manche schaffen unmittelbar Recht; vgl. dazu Art. 288 Abs. 2 und 3 AEUV: «Die Verordnung hat allgemeine Geltung. Sie ist in allen ihren Teilen verbindlich und gilt unmittelbar in jedem Mitgliedstaat. Die Richtlinie ist für jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet wird, hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, überlässt jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel.» Vgl. denn auch Art. 11 der RICHTLINIE: «Diese Richtlinie ist an die Mitgliedstaaten gerichtet.» Dennoch gibt es in der Europäischen Union neben einer «gemeinschafts- bzw. unionskonforme[n] Auslegung (Vorgaben des unmittelbar bindenden EU-Rechts)» eine «richtlinienkonforme Auslegung (Interpretation des nationalen Rechts im Lichte der EU-Richtlinien)» (EMMENEGGER/TSCHECHTSCHER, Art. 1 ZGB N 301). Zur Bedeutung von Richtlinien für Private vgl. SCHÜRNBRAND, S. 910 f., S. 914 (linke Spalte), S. 917 f. Zur möglichen unmittelbaren Wirkung von Richtlinien vgl. auch HUGUENIN, Richtlinie, S. 89.

816 Dazu hinten N 450 ff.; Fälle, in denen die Schweiz staatsvertraglich dazu verpflichtet ist, die Rechtslage derjenigen in der Europäischen Union anzupassen, oder diese Rechtslage kraft dieser Verträge gilt (vgl. dazu Art. 5 Abs. 4 und Art. 190 BV) – zum Beispiel im Rahmen der «bilateralen Verträge» –, interessieren hier hingegen nicht.

817 Richtlinien verpflichten nur die Staaten, diese umzusetzen, sind also nicht unmittelbar «Recht eines Mitgliedsstaates» (vgl. vorn Fn. 815). Darauf kommt es aber hier nicht an. Nach EMMENEGGER/TSCHECHTSCHER, Art. 1 ZGB N 301 (Herv. hinz.), «spielt im autonomen Nachvollzug das europäische *Richtlinienrecht* eine massgebliche Rolle», also gerade das Recht, das eben nicht unmittelbar «Recht eines Mitgliedsstaates» ist. Und für die Mitgliedsstaaten soll der «richtlinienkonformen Auslegung» gar Vorrang zukommen (also keine Abwägung möglich sein [dazu vorn Fn. 184]) (SCHÜRNBRAND, S. 911 bei Fn. 17 f.)

818 Dazu hinten N 466 ff. Ob man das ebenfalls als «europarechtskonforme Auslegung» bezeichnen soll, spielt keine Rolle. EMMENEGGER/TSCHECHTSCHER, Art. 1 ZGB N 303, bezeichnen es als «europarechtsorientierte Auslegung». Die Abgrenzung zwischen diesen Rechtsfindungs-«Wegen» dürfte fließend sein. So kann die Unterschiedlichkeit der «Ausgangslagen» (namentlich zwischen dem Wortlaut des Gesetzes einerseits und der Richtlinie andererseits) dazu führen, dass man im Rahmen eines Rechtsvergleichs (also einer europarechtsorientierten Auslegung) nicht auf das ausländische Recht abstellt (dazu vorn N 303); und sie kann als Argument dafür dienen, dass der

1. Europarechtskonforme Auslegung

a. Allgemeines

«[D]ie Frage der Europarechtskonformität [ist] keine des systematischen Abgleichs mit in der Schweiz geltendem Recht, sondern eine solche der Zielsetzung.»⁸¹⁹ Es muss also nach der «Zielsetzung» des Gesetzes gefragt werden, also nach seinem Zweck. Artikel 8 UWG ist also dann so auszulegen, dass diese Auslegung dem Recht der Europäischen Union entspricht, wenn der Gesetzgeber das bezweckte. «Die Schwierigkeit besteht für den Rechtsanwender darin, in einem ersten Schritt zu ermitteln, ob ein autonomer Nachvollzug vorliegt und inwiefern dieser an einer allfälligen Weiterentwicklung des EU-Rechts partizipiert.»⁸²⁰

b. Ist Artikel 8 UWG europarechtskonform auszulegen?

aa. Allgemeines

Artikel 8 UWG ist also dann europarechtskonform (genauer: richtlinienkonform) auszulegen, wenn er autonomer Nachvollzug europäischen Rechts – eben der Richtlinie – ist. Die Lehre scheint eher zu bejahen, dass Artikel 8 UWG autonomer Nachvollzug europäischen Rechts ist.⁸²¹

Gesetzgeber keinen «autonomen Nachvollzug» und damit keine «europarechtskonforme Auslegung» (im engeren Sinn) wollte (dazu hinten N 451 [wo sich allerdings eher ergibt, dass der Gesetzgeber einen solchen gerade wollte] und hinten N 460 ff.).

819 EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 ZGB N 300.

820 EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 ZGB N 301.

821 PROBST, SHK, Art. 8 UWG N 153, und PROBST, AGB, N 448, nach dem «[s]owohl aus dem Wortlaut ... als auch aus den parlamentarischen Beratungen ... klar hervor[geht], dass sich der Gesetzgeber mit Art. 8 UWG (2011) an Art. 3 Abs. 1 der [RICHTLINIE] orientiert hat. Insoweit liegt materiell nun ein (teilweiser) autonomer Nachvollzug von Unionsrecht vor.» RUSCH, Salvatorische Klauseln, S. 75: «Wenn man die Änderung des Art. 8 UWG als autonomen Nachvollzug des Schweizer Rechts erachtet – und dafür gibt es Hinweise ...»; und S. 77 (zur Frage, ob in der Schweiz auch das Transparenzgebot gelte [dazu hinten N 470 ff.]): «Nun gibt es viele Stimmen, die in Art. 8 UWG einen autonomen Nachvollzug der EU-Richtlinie sehen. Der praktisch identische Wortlaut legt dies tatsächlich nahe»; vgl. auch S. 80. SCHMID, Inhaltskontrolle, S. 15, erwähnt eine «gesetzgeberisch gewollte Nähe zur europäischen AGB-[RICHTLINIE]». Nach THOUVENIN, Art. 8 UWG N 26, «werden sich Auslegung und Anwendung von Art. 8 UWG an den Vorgaben der [RICHTLINIE] und der Rechtsprechung des [Gerichtshofes der Europäischen Union] orientieren können und müssen.»; vgl. auch N 69 f. Für Art. 8 UWG-1986 ging HUGUENIN, Richtlinie, S. 95, davon aus, dass «von Europakompatibilität der schweizerischen Lösung keine Rede sein [kann]», liess aber offen, ob eine weitergehende AGB-Kontrolle sich aus Art. 19 OR ergeben könnte. Kritisch zu einer europarechtskonformen Auslegung hingegen HESS/RUCKSTUHL, S. 1190 und S. 1192 f.; HEISS, Art. 8 UWG N 60 ff.; SCHNYDER, S. 69 ff.; WIDMER, Rz. 552, ausführlich Rz. 218 ff. BAUDENBACHER, Art. 8 UWG N 26 am Ende.

bb. Historische Betrachtung

451 In der Botschaft führte der Bundesrat aus, dass «Artikel 8 Buchstabe b UWG ...
weitgehend dem zitierten Artikel 3 der Richtlinie [entspricht]». ⁸²²

452 Bundesrätin Doris Leuthard führte anlässlich der ersten Beratung des
Revisionsvorschlags aus, dass «[d]er griffigere Artikel 8 ... der Generalklausel
von Artikel 3 der [Richtlinie] angeglichen worden [ist]. Wir haben aber nicht
die gesamte EU-Richtlinie übernommen. Der vorliegende Entwurf nimmt
auch Abstand davon, das UWG vollständig der EU-Richtlinie über unlautere
Geschäftspraktiken anzupassen.» ⁸²³

453 Anlässlich der parlamentarischen Beratungen führte Bundesrat Schnei-
der Ammann zunächst aus, dass «[d]er vorliegende Entwurf ... Abstand davon
[nimmt], das UWG vollständig der EU-Richtlinie über unlautere Geschäfts-
praktiken anzupassen» ⁸²⁴. Weiter führte er aus, dass «Artikel 8 gemäss Ent-
wurf des Bundesrates ... sich an der [RICHTLINIE] [orientiert], ohne diese
integral zu übernehmen» ⁸²⁵. Der Kommissionssprecher im Ständerat wies
wiederum darauf hin, dass «diese Bestimmung [der vorgeschlagene Artikel 8
UWG] praktisch identisch mit der entsprechenden Generalklausel in der
EU-Richtlinie ist» ⁸²⁶.

454 Aus den gesetzgeberischen Beratungen ergibt sich also keine klare Ant-
wort darauf, ob der Gesetzgeber mit Artikel 8 UWG einen autonomen Nachvoll-
zug des Rechts der Europäischen Union wollte. Es spricht eher einiges dage-
gen. Schon zu Beginn wollte der Bundesrat nur teilweise einen autonomen
Nachvollzug, und anlässlich der parlamentarischen Beratungen wurde Ar-
tikel 8 UWG dem europäischen Recht nicht angenähert, sondern von diesem
eher weiter entfernt.

822 BOTSCHAFT UWG 2009, S. 6173. Art. 8 UWG wurde allerdings nicht mit dem vom Bun-
desrat vorgeschlagenen Wortlaut erlassen. Vgl. dazu THOUVENIN, Art. 8 UWG N 69 f.

823 Votum LEUTHARD, AB-SR 2010 III (Herbstsession), S. 931 am Ende. Die von ihr erwähnte
«EU-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken» ist die Richtlinie 2005/29/EG und
nicht die Richtlinie 93/13/EWG; jene ist für den ebenfalls revidierten Art. 3 UWG von
Bedeutung. Dennoch kann man daraus eher den allgemeinen gesetzgeberischen Wil-
len ableiten, mit dem UWG gerade keine vollständige Übereinstimmung mit dem Recht
der Europäischen Union (und damit keinen autonomen Nachvollzug) anzustreben.

824 Votum SCHNEIDER-AMMANN, AB-NR 2011 I (Frühjahrssession), S. 224 am Ende. Es han-
delt sich auch hier nicht um die Richtlinie 93/13/EWG.

825 Votum SCHNEIDER-AMMANN, AB-NR 2011 I (Frühjahrssession), S. 228 am Ende (Ziff. 5).
Bei dieser handelt es sich um die Richtlinie 93/13/EWG. Vgl. auch sein Votum in AB-NR
2011 III (Sommeression), S. 800, zum Vorschlag, wonach «Gewerbetreibende» von
Art. 8 UWG nicht erfasst werden sollten, damit «der Einwand, Artikel 8 gehe weiter als
die [RICHTLINIE], die nur gegenüber Verbrauchern gilt, entkräftet [wird]».

826 Votum BÜRGI (als Kommissionssprecher), AB-SR 2011 I (Frühjahrssession), S. 304. Auch
hier handelt es sich wohl um die Richtlinie 93/13/EWG.

cc. *Bundesgerichtliche Rechtsprechung*aaa. *BGE 129 III 335*

Artikel 333 OR regelt den «Übergang des Arbeitsverhältnisses», wenn «der Arbeitgeber den Betrieb oder einen Betriebsteil auf einen Dritten [überträgt]». ⁴⁵⁵ Nach seinem Absatz 3 haften «[d]er bisherige Arbeitgeber und der Erwerber des Betriebes ... solidarisch für die Forderungen des Arbeitnehmers». In BGE 129 III 335 hatte das Bundesgericht die Frage zu beantworten, ob das auch gilt, «wenn die Übernahme des Betriebes aus der Konkursmasse des bisherigen Arbeitgebers erfolgt ist»⁸²⁷. Artikel 333 OR wurde im Rahmen des «Swisslex-Programms» erlassen, mit dem das schweizerische Recht in verschiedenen Bereichen dem der Europäischen Union angepasst werden sollte.⁸²⁹

Das Bundesgericht führte weiter aus: «Das Recht der Europäischen Union entfaltet zwar keine unmittelbaren verbindlichen Auswirkungen auf das schweizerische Recht. Da die Revision 1993 die Anpassung von Art. 333 OR an die Richtlinie 77/187 des EWG-Rates vom 14. Februar 1977 im Rahmen des so genannten autonomen Nachvollzugs des europäischen Rechts bezweckte, ist die EU-Rechtsordnung indessen als Auslegungshilfe beizuziehen (...). Nachvollzogenes Binnenrecht ist im Zweifel europarechtskonform auszulegen. ... Wird aber die schweizerische Ordnung einer ausländischen – hier der europäischen – angeglichen, ist die Harmonisierung nicht nur in der Rechtssetzung, sondern namentlich auch in der Auslegung und Anwendung des Rechts anzustreben, soweit die binnenstaatlich zu beachtende Methodologie eine solche Angleichung zulässt.»⁸³⁰ ⁴⁵⁶

Eine europarechtskonforme Auslegung ist also jedenfalls dann nötig, wenn ein autonomer Nachvollzug vorliegt. Das ist jedenfalls bei Gesetzen des «Swisslex-Programms» der Fall. Ein solches ist Artikel 8 UWG nicht.⁸³¹ Weitere Kriterien ergeben sich aus dem Entscheid nicht. Und selbst wenn es sich um einen autonomen Nachvollzug handelte, ist die «EU-Rechtsordnung» nur «als Auslegungshilfe beizuziehen» und das schweizerische Recht ist «im Zweifel» europarechtskonform auszulegen. ⁴⁵⁷

827 Vgl. die Marginalie und Abs. 1 von Art. 333 OR.

828 BGE 129 III 335, Regest. Vgl. zu Art. 333 OR (und der Frage nach seiner europarechtskonformen Auslegung) auch BGE 137 III 487.

829 BGE 129 III 335, Erw. 5.1. Zum «Swisslex-Programm» vgl. EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 ZGB N 300 Fn. 762.

830 BGE 129 III 335 Erw. 6 S. 350.

831 Vgl. PROBST, SHK, Art. 8 UWG N 152; für den geltenden Art. 8 UWG allerdings N 153.

bbb. BGE 144 III 285

458 In BGE 144 III 285 ging es um die Voraussetzungen für die Erteilung eines ergänzenden Schutzzertifikats nach Artikel 140b PatG.⁸³² «Das Institut des ergänzenden Schutzzertifikats ist aus dem Recht der Europäischen Union übernommen worden. In der Botschaft des Bundesrates ... wird ausdrücklich auf Art. 3 der Verordnung Bezug genommen ... Der Bundesrat schlug vor, die Regelung der EU (damals EG) materiell zu übernehmen[,] und begründete dies zunächst mit dem allgemeinen Bestreben, das schweizerische Recht mit dem europäischen möglichst kompatibel auszugestalten, fügte aber auch besonders an, die europäische Lösung sei durchdacht, so dass erwartet werden dürfe, dass sie sich bewähre ... Das Bestreben, die schweizerische Regelung dem Recht der EU-Nachbarstaaten wenn möglich anzugleichen, wird bei der Auslegung der entsprechenden Gesetzesnormen nach konstanter Praxis des Bundesgerichts namentlich im Rahmen der teleologischen und historischen Interpretation berücksichtigt».⁸³³

459 Hier wollte der Gesetzgeber die «Regelung der EU (damals EG) materiell ... übernehmen». Nach dem Ausgeführten ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte des Artikels 8 UWG ein solcher gesetzgeberischer Wille nicht.

dd. «Umfang» des Nachvollzugs

aaa. Tatbestand und Rechtsfolge

460 Nimmt man an, Artikel 8 UWG sei autonomer Nachvollzug von Recht der Europäischen Union – was hier aufgrund des Ausgeführten eher abgelehnt wird –, stellt sich die Frage, was dies für eine Bedeutung für die Rechtsfindung hat. Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass selbst bei einem autonomen Nachvollzug nicht ohne Weiteres (das heisst namentlich ohne Rücksicht auf andere Rechtsfindungselemente) die Rechtslage in der Europäischen Union vollständig übernommen wird. Abgesehen davon, dass auch bei einem auto-

832 BGE 144 III 285, Regst. Art. 140a Abs. 1 Satz 1 PatG lautet: «Das [Institut für Geistiges Eigentum] erteilt für Wirkstoffe oder Wirkstoffzusammensetzungen von Arzneimitteln auf Gesuch hin ein ergänzendes Schutzzertifikat.» Art. 140d PatG lautet: «Das Zertifikat schützt, in den Grenzen des sachlichen Geltungsbereichs des Patents, alle Verwendungen des Erzeugnisses als Arzneimittel, die vor Ablauf des Zertifikats genehmigt werden. Es gewährt die gleichen Rechte wie das Patent und unterliegt den gleichen Beschränkungen.» «Mit dem ergänzenden Schutzzertifikat soll ein Ausgleich dafür geschaffen werden, dass bei Arzneimitteln das zeitaufwändige behördliche Zulassungsverfahren die Markteinführung verzögert und damit die verbleibende Schutzdauer des Patents verkürzt wird» (BGE 144 III 285 Erw. 2.1 S. 287 f.; vgl. auch Erw. 2.2.1 S. 290). Vgl. im Übrigen auch den Entscheid des Bundesgerichts vom 7. Dezember 2018 im Verfahren 4A_415/2008.

833 BGE 144 III 285 Erw. 2.2.1 S. 290 f.

nomen Nachvollzug weitere Rechtsfindungselemente zu berücksichtigen sind, ist die Frage zu beantworten, für welche Rechtsfrage(n) ein autonomer Nachvollzug stattfand. Dabei kann die Frage, wann Geschäftsbedingungen missbräuchlich sind, durch autonomen Nachvollzug beantwortet werden, also die Frage nach dem *Tatbestand* der AGB-Kontrolle. Vorliegend geht es aber allein um die Frage nach der *Rechtsfolge* der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen.

Die zitierten Stellen, aus denen sich ergeben könnte, dass Artikel 8 UWG 461 autonomer Nachvollzug von Recht der Europäischen Union ist, beziehen sich aber meist allein auf die Frage des Tatbestands.⁸³⁴

Im Parlament wurde ausführlich über den Tatbestand von Artikel 8 UWG 462 diskutiert – und dabei mehrmals auf die RICHTLINIE verwiesen –, über die Rechtsfolge wurde jedoch kaum etwas ausgeführt.⁸³⁵ Aus den parlamentarischen Beratungen lässt sich für die Frage, ob auch die Rechtsfolge der Verletzung der AGB-Kontrolle sich am europäischen Recht orientieren sollte, nichts entnehmen.

Man kann sich fragen, ob die Annahme berechtigt wäre, dass der Gesetz- 463 geber einen autonomen Nachvollzug (oder eine «Inspiration» oder «Anlehnung» oder dergleichen) nur für den *Tatbestand* eines Gesetzes wollte, nicht aber für die *Rechtsfolge* seiner Verletzung. Vorliegend geht es beim Tatbestand von Artikel 8 UWG allein um die Frage, wo die Schranken der Vertragsfreiheit

834 So PROBST, SHK, Art. 8 UWG N153: «Bei der Beurteilung der Missbräuchlichkeit von Konsumenten-AGB nach Art. 8 UWG (2011) wird daher der schweizerische Richter die [Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union] massgeblich berücksichtigen.» Nach SCHMID, Inhaltskontrolle, S. 5f., «nehmen Text und Entstehungsgeschichte klaren Bezug auf die Generalklausel (Art. 3 Abs. 1) der [RICHTLINIE]». THOUVENIN, Art. 8 UWG N26, begründet seine Annahme, dass «sich Auslegung und Anwendung von Art. 8 UWG an den Vorgaben der [RICHTLINIE] und der Rechtsprechung des [Gerichtshofes der Europäischen Union] orientieren können und müssen», damit, dass «der neue Wortlaut von Art. 8 UWG im Wesentlichen der Generalklausel der [RICHTLINIE] entspricht». Die Generalklausel betrifft aber nur den Tatbestand der AGB-Kontrolle. Und in N27 erwähnt er «die Vorgaben [der RICHTLINIE], namentlich der Generalklausel von Art. 3 Abs. 1», die als «Orientierungshilfe» dienen könne. In N42 verweist er aber auch für die Rechtsfolge auf die RICHTLINIE (allerdings allein zur Frage der Unwirksamkeit an sich, ohne auf die Frage nach deren Umfang einzugehen). HILTY, Art. 2 UWG N35, geht hingegen schon für den – im Parlament diesbezüglich eher noch weiter «abgeschwächten» – Vorschlag des Bundesrates nur (wenn auch immerhin) davon aus, dass sich dieser «von der [RICHTLINIE] inspirieren liess». COENDET, S. 58 ff., weist zudem auf die Frage hin, ob der Begriff «Konsument» (Art. 8 UWG) dem Begriff «Verbraucher» (gemäss der RICHTLINIE) entspreche, was aber ebenfalls den Tatbestand betrifft.

835 So verwies Ständerat Bürgi (als Kommissionssprecher) ausdrücklich auf die «Generalklausel in der EU-[RICHTLINIE]» (Votum BÜRGI, AB-SR 2011 I (Frühjahrssession), S. 304), die sich eben nur mit dem Tatbestand befasst. Vgl. immerhin vorn N15 ff., wo die Rechtsfolge diskutiert wurde, ohne dass dabei die RICHTLINIE eine Rolle gespielt hätte (was seinerseits wieder ein Argument dafür sein kann, dass für die *Rechtsfolge* diese keine Bedeutung haben soll).

gezogen werden. Wo genau diese dann gezogen werden, dürfte der Gesetzgeber – faktisch – ohnehin nicht in der Hand haben; er kann wohl nur einen Grundsatzentscheid fällen und gewisse «Leitlinien» aufstellen;⁸³⁶ dann liegt es nahe, sich an einer bereits bestehenden (ausländischen) Regel zu orientieren und damit die «Einzelheiten» teilweise auch dem ausländischen Recht und dessen Entwicklung zu überlassen. Die Frage nach dem Umfang der vertraglichen Rechtsfolge der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen betrifft aber die Frage, ob das Privatrecht Strafe oder Prävention verfolgen soll und gegebenenfalls mit welchen Mitteln, namentlich mit «überkompensatorischen» Rechtsfolgen;⁸³⁷ sie betrifft also gerade einen solchen Grundsatz, über den der Gesetzgeber entscheiden kann (und dies auch sollte).⁸³⁸ Damit handelt es sich bei der Frage nach dem Tatbestand einer AGB-Kontrolle und der nach der Rechtsfolge der Verletzung entsprechender Normen um ganz unterschiedliche Fragen. Dass der schweizerische Gesetzgeber das Recht der Europäischen Union für die eine Frage (mehr oder weniger) übernehmen wollte, für die andere – die Grundfragen des Vertrags- und überhaupt des Privatrechts betrifft – aber nicht, scheint gerade in einer solchen Situation nicht abwegig.⁸³⁹

bbb. Europäische Rechtsprechung

- 464 Ein autonomer Nachvollzug ist eine Verweisung. Bei einer Verweisung stellt sich die Frage, ob es sich um eine dynamische oder eine statische Verweisung handelt.⁸⁴⁰ Bei einer «vom Gesetzgeber angestrebte[n] Angleichung des

836 Nach MEIER-HAYOZ, Aspekte, S. 422, «[...] richtet sich b]esonders an den Gesetzgeber ... die Mahnung, sich seiner strategischen Verantwortung voll bewusst zu bleiben und sich nicht im Übermass taktischen Problemen zuzuwenden». Er *soll* also gar nicht mehr regeln.

837 Zu diesem Begriff hinten N 588.

838 Nach MEIER-HAYOZ, Aspekte, S. 423, hat der Richter seinen «rechtsschöpferischen Beitrag auf den taktischen Bereich zu beschränken und dem Gesetzgeber die darüber hinausgehende Strategie zu überlassen». Ein solcher «strategischer Entscheid» wäre es, zur Durchsetzung präventiver Rechtsfolgen überkompensatorische Rechtsfolgen anzunehmen (dazu hinten N 464, insbesondere hinten Fn. 845).

839 Vgl. BGE 132 III 379 Erw. 3.3.5 S. 385, wo das Bundesgericht für die Frage, ob Rechtsfolge der Verletzung von Immaterialgüterrechten eine «Lizenzanalogie» sei (dazu auch hinten N 601 ff.), spezifisch auf die *Rechtsfolgeordnung* gemäss Recht der Europäischen Union verweist (und deren «Geltung» für die Schweiz ablehnt). Vgl. auch BGE 137 II 199 Erw. 4.3.2 S. 209: «Der schweizerische Gesetzgeber wollte bei der damaligen Revision des Kartellgesetzes somit nicht in erster Linie zwecks Herstellung einer Europarechtskonformität autonom das EU-Recht nachvollziehen. Immerhin lehnte er sich bei der Formulierung der Missbrauchstatbestände an das EU-Recht an.»

840 Man muss also fragen, «inwiefern [der autonome Nachvollzug] an einer allfälligen Weiterentwicklung des EU-Rechts partizipiert» (EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 ZGB N 301).

schweizerischen Rechts an die europäische Rechtsentwicklung» ist «namentlich die Praxis des [Gerichtshofes der Europäischen Union] beachtlich».⁸⁴¹ In solchen Fällen ist also auch die Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union (immerhin «beachtlich»);⁸⁴² und dieser geht wie ausgeführt davon aus, dass eine Geltung des Zulässigen mit der RICHTLINIE nicht vereinbar ist. Dass der Gesetzgeber im Zeitpunkt des Erlasses des Gesetzes die Rechtslage in der Europäischen Union berücksichtigte, spricht aber noch nicht für die Annahme einer dynamischen Verweisung.⁸⁴³ Denn bei einer solchen handelt es sich um eine Gesetzesdelegation, die nach Artikel 164 BV nur eingeschränkt zulässig ist;⁸⁴⁴ es muss deshalb wohl – wiederum in verfassungskonformer Auslegung – angenommen werden, dass der Gesetzgeber eine solche Delegation nur vorgenommen hat, soweit eine solche zulässig ist. Und eine Gesetzesdelegation zur Frage, ob das Privatrecht Prävention bezwecken soll und mit welchen Mittel, dürfte als zentrale Frage des Privatrechts unzulässig sein.⁸⁴⁵

841 BGE 144 III 285 Erw. 2.2.3 S. 291 (und damit auch des früheren Europäischen Gerichtshofes).

842 Ob jeder autonome Nachvollzug gleichzeitig eine «angestrebte Angleichung des schweizerischen Rechts an die europäische Rechtsentwicklung» beinhaltet, wird dort nicht ausgeführt. Vgl. aber EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 ZGB N 301, die die Frage aufwerfen, «inwiefern [der autonome Nachvollzug] an einer allfälligen Weiterentwicklung des EU-Rechts partizipiert». Demnach wäre also nicht jeder «autonome Nachvollzug» auch eine Übernahme der (künftigen) Rechtsprechung.

843 Immerhin könnte man aus rechtstheoretischer Sicht annehmen, auch bei einer statischen Verweisung sei ausländische Rechtsprechung «beachtlich». Das, wenn man davon ausgeht, die Rechtsprechung «erkenne» nur, was ohnehin schon galt (vgl. hinten Fn. 1142, aber vorn Fn. 760). Der «Regelsetzer» ist aber an eine solche rechtstheoretisch begründete Unterscheidung von statischer und dynamischer Verweisung natürlich nicht gebunden. So enthält zum Beispiel Art. 16 Abs. 2 des FZA eine differenzierte Regelung, wonach «die einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften vor dem Zeitpunkt der Unterzeichnung berücksichtigt» wird (dazu EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 ZGB N 306). Und Art. 1 Abs. 1 des Prot. 2 LugÜ lautet: «Jedes Gericht, das dieses Übereinkommen anwendet und auslegt, trägt den Grundsätzen gebührend Rechnung, die in massgeblichen Entscheidungen von Gerichten der durch dieses Übereinkommen gebundenen Staaten sowie in Entscheidungen des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften zu den Bestimmungen dieses Übereinkommens ... entwickelt worden sind.» Das legt nahe, dass eine «statische Verweisung» (die Regeln des LugÜ gelten allerdings nicht kraft Verweisung, sondern als Staatsvertrag unmittelbar, was aber am Problem nichts ändert) (zumindest nach Ansicht dieser «Regelsetzer») nicht auch die Rechtsprechung beinhaltet. Vgl. zum Ganzen auch SEILER, S. 10 ff.

844 Zur Bedeutung von Art. 164 BV als «Parlaments- oder Gesetzgebervorbehalt» WYTTEBACH/WYSS, Art. 164 BV N 4.

845 Es dürfte sich um «wichtige rechtsetzende Bestimmungen» (Art. 164 Abs. 1 Ingress BV) handeln, denn es ist ein Eingriff in die Rechtsstellung der Adressaten (nämlich in subjektive Rechte, die zudem Grundrechte betreffen, nämlich von der Wirtschaftsfreiheit geschützt sind), es betrifft eine grosse Anzahl Adressaten und Sachverhalte, es handelt

ee. Ergebnis

465 Es handelt sich bei Artikel 8 UWG nicht um autonomen Nachvollzug von Recht der Europäischen Union, jedenfalls nicht, was die Rechtsfolge seiner Verletzung angeht. Auch wenn dies so wäre, bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass ein «dynamischer» Nachvollzug angestrebt worden wäre. Und auch wenn das so wäre, wäre die Rechtslage in der Europäischen Union nicht verbindlich, sondern ein Auslegungselement unter anderen.

2. Europäisches Recht im Rechtsvergleich

466 Auf die Bedeutung der Rechtsvergleichs wurde bereits hingewiesen; es wurde dabei ausgeführt, dass es dabei namentlich auf die «Ausgangslage» ankommt, also auf die Frage, was die gesetzlichen Grundlagen zur Beantwortung der gestellten Rechtsfrage sind.⁸⁴⁶

467 Die Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union, die die Geltung des Zulässigen ausschliesst, basiert auf Artikel 7 der RICHTLINIE und dessen Erwägung 24.⁸⁴⁷ Das UWG enthält keine Regelung, die Artikel 7 der Richtlinie entspricht; lediglich der Zweckartikel hält fest, dass das UWG «bezweckt, den lauterer und unverfälschten Wettbewerb ... zu *gewährleisten*», was eben die Forderung (auch) nach präventiv wirkenden Mitteln ist. Welche Mittel das sind, ist damit nicht gesagt. Es ergibt sich allerdings aus Artikel 7 der Richtlinie ebenfalls nicht, sondern im Gegenteil hält Artikel 288 AEUV Absatz 3 fest: «Die Richtlinie ist für jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet wird, hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, überlässt jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel.»⁸⁴⁸

sich um eine besonderes umstrittene Frage (was sich schon aus der einschlägigen Literatur ergibt; vgl. nur HONSELL, Strafgedanke, passim, mit zahlreichen Hinweisen insbesondere in Fn. 1 [S. 315] und Fn. 6 [S. 316]) und es geht um grundlegende Regeln und Prinzipien des Privatrechts (diese Kriterien für die «Wichtigkeit» bei WYTENBACH/WYSS, Art. 164 BV N 9 Spiegelstriche 1, 3, 7 und 8). Dass Art. 164 BV (namentlich dessen Abs. 1 lit. c) «[d]as Zivilrecht ... kaum im Auge haben [dürfte]» (TSCHANNEN P., Art. 164 BV N 22), ändert daran nichts. Vielmehr geht dieser Autor davon aus, dass es «[z]ur Delegation geeignete Materien ... im Zivilrecht aber nur wenige [gibt]»; das ist gerade ein Argument dafür, dass zivilrechtliche Bestimmungen grundsätzlich schon per se nicht delegiert werden dürfen. So sind denn auch die «überkompensatorischen» Rechtsfolgen der Art. 15 und 32 KKG (dazu hinten N 490 ff.) im Gesetz selber vorgesehen, nur die Festlegung der Höhe des zulässigen Zinses wurde delegiert (Art. 14 KKG).

846 Vorn N 303.

847 Vgl. vorn N 444 und vorn N 446.

848 Vgl. dazu HILTY, Art. 2 UWG N 35. Was deshalb aus europarechtlicher Sicht von dieser Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union zu halten ist, die den Mitgliedsstaaten etwas vorschreibt, was in dieser Arbeit gerade als eines von verschiedenen denkbaren Mitteln zur Durchsetzung des Gesetzes betrachtet wird (unter denen die Mitgliedsstaaten selber «auswählen» dürfen), ist hier nicht zu untersuchen.

Namentlich der Zweckartikel⁸⁴⁹ des UWG – auch mit Rücksicht auf die Ausführungen in den Materialien über den Zweck des (Artikels 8) UWG und die Mittel zu dessen Umsetzung – entspricht damit nicht Erwägung 24 zur RICHTLINIE. Ist die (gesetzliche) Ausgangslage also eine andere, sind das ausländische Recht und die Rechtsprechung dazu für das Schweizer Recht ohne grosse Bedeutung.

Für das Recht der Europäischen Union besteht – entsprechend Artikel 7 468 der RICHTLINIE und ihrem Erwägungsgrund 24 – ein allgemeines Auslegungselement des «effet utile»; gemäss diesem «geht es darum, dass ein Regelungsziel «so weit wie möglich oder bestmöglich» erreicht werden soll».⁸⁵⁰ Für die Schweiz gibt es eine solche methodische Regel nicht; vielmehr ist die Auswahl der Mittel dem Gesetzgeber überlassen.⁸⁵¹ Deshalb muss die Auslegung nicht so erfolgen, dass das bestmögliche Mittel zur Umsetzung des Zwecks eines Gesetzes als Rechtslage angenommen wird.

§ 19 Transparenz, Sachwalter, Risikotragung

I. Vorbemerkung

Es wurde untersucht, ob der Präventionszweck von Artikel 8 UWG fordert, 469 dass vertragliche Rechtsfolge der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen eine erweiterte Unwirksamkeit sei. Das wurde verneint. Es ist aber denkbar, dass auch aus anderen Gründen (insbesondere Zwecken) dies gefordert ist. Zwar ist nicht anzunehmen, dass nicht auch diesbezüglich die (abschliessende) Mittel-Auswahl des Gesetzgebers vorgeht. Doch immerhin wurde diese abschliessende Mittel-Auswahl, nämlich die Regelung der Artikel 9 f. UWG, gerade als abschliessende Regelung über den Präventionszweck des (Artikels 8) UWG betrachtet. Es ist also nicht ganz auszuschliessen, dass für die Umsetzung anderer Zwecke keine abschliessende Regelung besteht. Deshalb werden diese Argumente nicht im Detail behandelt; es soll genügen, auf sie hinzuweisen und daneben darauf, weshalb sich auch aus ihnen keine zusätzlichen Argumente ergeben – oder jedenfalls nicht solche, denen angesichts

849 Den Erwägungen einer Richtlinie entspricht funktional – und darauf kommt es beim Rechtsvergleich an (FORSTMOSER/VOGT, § 5 N 75) – wohl am ehesten ein Zweckartikel (und andere Quellen für den Zweck).

850 EMMENEGGER/TSCHECHTSCHER, Art. 1 ZGB N 55 am Ende, insbesondere Fn. 161. Vgl. auch HONSELL, Strafgedanke, S. 329: «Die deutsche Rechtsprechung geht inzwischen vom «gemeinschaftsrechtlichen Erfordernis einer abschreckenden Wirkung der Sanktion» für die Bestimmung der Höhe der Entschädigung aus.» Allgemein KRAMER, Methodenlehre, S. 163 Fn. 467. Kritisch BRAUN, S. 281 f.

851 Vgl. vorn N 413 ff. und vorn Fn. 838.

der gesetzgeberischen Mittel-Auswahl oder der noch darzustellenden Systemkonformität der Geltung des Zulässigen ausreichendes Gewicht zukommt, um eine erweiterte Unwirksamkeit zu begründen.

II. Transparenzgebot

1. Allgemeines

470 Es «wäre ... mit dem Ziel des AGB-Gesetzes, ... den Kunden die Möglichkeit sachgerechter Information über die ihnen aus dem vorformulierten Vertrag erwachsenden Rechte und Pflichten zu verschaffen (Transparenzgebot), nur schwer vereinbar, wenn durch Zulassung geltungserhaltender Reduktion dem Verwender das mit unangemessenen, teilbaren AGB verbundene Risiko der Gesamtunwirksamkeit genommen und dadurch ihm gegenüber auf den Anreiz verzichtet würde, selbst für die vom Gesetz angestrebte Bereinigung der AGB-Praxis zu sorgen»⁸⁵².

471 Diese Forderung basiert auf der Annahme, dass es «Ziel des AGB-Gesetzes» sei, «den Kunden die Möglichkeit sachgerechter Information über die ihnen aus dem vorformulierten Vertrag erwachsenden Rechte und Pflichten zu verschaffen». Das kann man als Transparenzgebot bezeichnen. Für das deutsche Recht ergibt sich der Bestand eines solchen schon aus dem Wortlaut des Gesetzes.⁸⁵³ Man kann einmal annehmen, dass ein solches auch in der Schweiz besteht.⁸⁵⁴ Auch für die Schweiz wird aus einem Transparenzgebot abgeleitet, dass vertragliche Rechtsfolge der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen nicht die Geltung des Zulässigen sei.⁸⁵⁵

2. Transparente Rechtsfolgen

472 Man kann aus dem Transparenzgebot ableiten, dass die Rechtslage, die zwischen dem AGB-Verwender und dem Konsumenten gilt, wenn ein Vertrag unter Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen geschlossen wurde, transparent sein soll: «Wenn der [Konsument] sich über seine Rechtsstellung bewusst sein soll, dann folgt bei unwirksamen Klauseln hieraus,

852 ULMER, S. 2028.

853 § 307 Abs. 1 BGB: «Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen.» § 307 Abs. 2 BGB: «Eine unangemessene Benachteiligung kann sich auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist.»

854 So HEISS, Art. 8 UWGN 225 ff., insbesondere N 227; auch PERRIG, Einbeziehung, S. 190 ff.

855 SCHWENZER, ORAT, N 46.09: «Eine Reduktion auf das erlaubte Mass findet nicht statt (...). Dies würde schon dem Transparenzgebot widersprechen.»

dass dem Kunden auch die Folgen einer unwirksamen Klausel erkennbar sein müssen.»⁸⁵⁶

Man kann sich aber fragen, welche Rechtsfolge zur für den Konsumenten klarsten Rechtslage führt. Was überhaupt der genaue Inhalt des dispositiven Rechts ist, dürfte bereits beim geschriebenen Recht – den «Nominatverträgen» des OR – nicht einfach ersichtlich sein.⁸⁵⁷ Das gilt erst recht bei Innominatverträgen, deren Inhalt sich nicht einmal im Grundsatz aus dem Gesetz ergibt. Und jedenfalls bei Innominatverträgen, aber auch bei «Nominatverträgen», dürfte es zumindest nicht regelmässig einfacher oder schwieriger sein, herauszufinden, was angemessen ist, als was gerade noch zulässig ist. Es ist also fraglich, ob und wie weit die Geltung des Angemessenen – statt des Zulässigen – der Transparenz dienen würde. Zudem müsste auch (leicht) erkennbar sein, ob die allgemeinen Geschäftsbedingungen überhaupt missbräuchlich sind; denn sind sie es, gilt das Angemessene, sonst das Vereinbarte. Bei Geltung des Zulässigen würde in jedem Fall immerhin zumindest das Zulässige gelten, was eine kleinere Abweichung vom Vereinbarten ist als das Angemessene. «Transparente Rechtsfolgen» werden also gradeso gut oder (je nach Situation) sogar besser erreicht bei Geltung des Zulässigen.

3. Transparenz durch die Rechtsfolge

«Zielrichtung eines die geltungserhaltende Reduktion begründenden Transparenzgebotes kann ... nicht die Erkennbarkeit der Rechtsfolgen für den Kunden sein, sondern die Einwirkung auf den Verwender, transparente AGB aufzustellen.»⁸⁵⁸ Die Geltung des Angemessenen (oder eine andere erweiterte

856 KREIENBAUM, S. 175 (kritisch). Sie bezeichnet das als «Rechtsfolgentransparenz». Kritisch auch UFFMANN, Reduktion, S. 283 (sie spricht von der «Erkennbarkeit der Rechtsfolgen»).

857 HELLWEGE, §§ 305-310 BGB (II) N 40(4a) S. 1473: «Das dispositive Recht hat für den juristischen Laien oft nicht die nötige Klarheit, so dass er ihm seine Rechte und Pflichten bei Nichtgeltung von AGB nicht unbedingt eindeutig entnehmen kann. Durch ein Verbot der geltungserhaltenden Reduktion wird die Transparenz für den Vertragspartner also nicht zwingend erhöht.» Kritisch N 40(3) am Ende S. 1473: «Das Transparenzgebot hat zur Intransparenz des Rechts der AGB geführt.» Und dass «nach der geltungserhaltenden Interpretation auf eine andere als die bei Vertragsschluss erkennbare Bedeutung der betreffenden Klausel abgestellt würde» (JUNG, Inhaltskontrolle, S. 161), gilt unabhängig vom Umfang der Unwirksamkeit. Dass nicht gilt, was vereinbart wurde, ist nämlich einfach Folge davon, dass das Vereinbarte nicht wirksam ist. Am transparentesten wäre aus dieser Sicht nicht die Geltung des Angemessenen (statt des Zulässigen), sondern im Gegenteil gerade die Geltung des Vereinbarten. Für ein Beispiel, in dem es gerade die Normen über die AGB-Kontrolle sind, die zur Unklarheit führen, vgl. BYDLINSKI, Mitte, 377 (Fn. 114).

858 KREIENBAUM, S. 176 (gemeint ist wohl «eines die geltungserhaltende Reduktion ausschliessenden Transparenzgebotes»).

Unwirksamkeit) würde somit die Transparenz fördern. Besteht eine Pflicht – hier: nur allgemeine Geschäftsbedingungen zu verwenden, die transparent sind – und führt die Verletzung dieser Pflicht zu einer Rechtslage, die «schlechter» ist als die Rechtslage, die bestanden hätte, wenn man die Pflicht eingehalten hätte, führt das zu einem Anreiz, die Pflicht einzuhalten. Besteht diese Pflicht darin, allgemeine Geschäftsbedingungen transparent zu gestalten, so führt ein «Verbot der geltungserhaltenden Reduktion» dazu, dass, wer allgemeine Geschäftsbedingungen intransparent gestaltet, einen Anreiz erhält, künftig allgemeine Geschäftsbedingungen transparent(er) zu gestalten. Das gilt aber für jede beliebige Pflicht. Deshalb ist das kein weiteres Argument für eine erweiterte Unwirksamkeit, sondern einfach der Präventionszweck bezogen auf eine ganz bestimmte Pflicht, die den AGB-Verwender trifft.⁸⁵⁹ Ob Artikel 8 UWG Prävention bezweckt und welche Mittel der Gesetzgeber dazu vorgesehen hat, wurde untersucht (und ist weiter zu untersuchen). Aus dem Transparenzgebot ergibt sich dafür aber nichts.

III. «Sachwalter»

- 475 Für eine «Ablehnung» der «geltungserhaltenden Reduktion ... wird vorgebracht, der Richter mache sich bei einer Übermasskorrektur zum Sachwalter der Interessen der Verwenderin (einseitige Vertragshilfe)»⁸⁶⁰. Nach Artikel 1 ZGB und Artikel 191c BV⁸⁶¹ ist es aber gerade Aufgabe des Richters, das Recht zu finden. Und wenn das «Recht» das ist, was gerade noch zulässig ist, ist es eben die Aufgabe des Richters, dieses Recht zu finden. Soll es nicht das sein, was der Richter finden soll – zum Beispiel, weil man AGB-Verwender nicht noch «belohnen» will –, so ist das entsprechende Recht zu ändern. Solange es aber Recht ist, dass gilt, was (gerade noch) zulässig ist – und dass dies der Fall ist, soll hier gezeigt werden –, ist es das, was der Richter finden muss. Abgesehen davon muss der Richter, wenn er entscheiden muss, ob Geschäftsbedingungen missbräuchlich sind, ohnehin herausfinden, wo genau diese Grenze ist (und ob sie überschritten ist oder nicht), muss also herausfinden, was gerade noch zulässig ist.

859 UFFMANN, Reduktion, S. 285. Es wurde denn auch schon ausgeführt, dass ein Präventionszweck einfach der Zweck ist, das Verwirklichen des Tatbestands zu verhindern, der Zweck also davon abhängt, was der Tatbestand der Norm ist (vorn Fn. 726). Ob den AGB-Verwender wirklich eine solche Pflicht trifft, ist hier nicht zu untersuchen.

860 DEDUAL, S. 8, mit zahlreichen Hinweisen. Zur Herkunft dieses Arguments vgl. UFFMANN, Reduktion, S. 233 ff.

861 «Die richterlichen Behörden sind in ihrer rechtsprechenden Tätigkeit unabhängig und nur dem Recht verpflichtet.» Damit sind sie aber wohl auch *immerhin* dem Recht verpflichtet.

IV. Risiko

«Die Risiken und Folgen des AGB-Korrektivs muss der AGB-Verwender vollumfänglich tragen.»⁸⁶² «Die Folgen der Unwirksamkeit soll der Verwender zu tragen haben.»⁸⁶³ Die Abwicklung von Verträgen ist mit Risiken behaftet. Welche Partei diese Risiken tragen soll, können zunächst die Parteien selber regeln. Abgesehen davon kann der Gesetzgeber (durch zwingendes Recht, wie namentlich Artikel 8 UWG) diejenige Partei ein Risiko tragen lassen, in dessen «Sphäre» es gehört,⁸⁶⁴ oder er kann darüber aufgrund des Arguments des «cheapest cost avoider»⁸⁶⁵ entscheiden.

Solche Kriterien sind geeignet – und mit dem geltenden Recht mehr oder weniger vereinbar⁸⁶⁶ –, um Risiken zuzuweisen. Vorliegend geht es aber nicht darum, ein Risiko einer der Vertragsparteien zuzuweisen. Vielmehr stellt sich die Frage, ob man überhaupt ein solches Risiko (für den AGB-Verwender) schaffen will (während das Risiko zum Beispiel des Missbrauchs einer Bankkarte oder des Abhandenkommens bestellter Ware einfach vorhanden ist). Die Frage, die sich stellt, ist also nicht: Soll man *das* Risiko der Ganzunwirksamkeit *dem* AGB-Verwender auferlegen? Sondern die Frage, die sich stellt, ist: Soll man *ein* Risiko der Ganzunwirksamkeit dem AGB-Verwender *auf*erlegen? Es gibt sicher Gründe dafür, das zu tun. Dabei dürfte der Hauptgrund erneut Prävention sein. Und dass der Präventionszweck von Artikel 8 UWG nicht zur Annahme einer erweiterten Unwirksamkeit führt, wurde ausgeführt. Aus Überlegungen über die Risikozuweisung ergibt sich dafür aber nichts.

862 RUSCH, Salvatorische Klauseln, S. 75. Vgl. auch DEDUAL, S. 8, mit zahlreichen Hinweisen: «[D]er Verwenderin [werde] durch die geltungserhaltende Reduktion das Risiko der Unwirksamkeit genommen.»

863 MATT, S. 125.

864 Vgl. nur Art. 58 SVG und zu Art. 27 OR: «Eine unrichtig übermittelte Willenserklärung erlangt zunächst einmal aufgrund des Vertrauensprinzips Geltung, denn das Verhalten des Boten ist der Risikosphäre des Erklärenden zuzurechnen» (BLUMER, Art. 27 OR N 1).

865 Vgl. dazu nur MÜLLER, Art. 18 OR N 486. Vgl. auch MATT, S. 125, der das «Verbot der geltungserhaltenden Reduktion» so rechtfertigt: «[Der AGB-Verwender] hat es auch in der Hand, durch eine entsprechende inhaltliche und formale Gestaltung von AGB dieser Rechtsfolge entgegenzuwirken.»

866 Die Frage, wieweit zum Beispiel Art. 100 OR (insbesondere dessen Abs. 2) oder Art. 2 ZGB (über die Vertragsauslegung und -ergänzung) «im Lichte» solcher (ökonomischer) Argumente auszulegen sind, kann hier nicht behandelt werden. Gerade auch bei Art. 8 UWG wäre natürlich denkbar, die Frage, wann bei Regeln über die Haftung, über den Untergang des Vertragsgegenstandes, über «fehlgeleitete» Zahlungen und dergleichen ein Missverhältnis (besteht und) erheblich und ungerechtfertigt (und treuwidrig) ist, gerade oder auch daran zu messen, ob aufgrund *dieser* Kriterien der AGB-Verwender oder der Konsument ein Risiko tragen solle. SCHÄFER/OTT, S. 254, gehen davon aus, dass «[d]ie Anwendung des <cheapest cost avoider>-Prinzips ... mit dem deutschen Recht (§ 254 [BGB]) vereinbar [ist]».

§20 Ergebnis

- 478 Aus dem Präventionszweck des (Artikels 8) UWG ergibt sich nicht, dass vertragliche Rechtsfolge der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen eine erweiterte Unwirksamkeit ist. Auch weitere Rechtsfindungselemente – unter anderem die Berücksichtigung der Rechtslage in der Europäischen Union – ändern daran nichts. Aus der teleologischen Auslegung ergibt sich, vielmehr, dass – namentlich aufgrund der gesetzgeberischen Mittelauswahl – die Geltung des Zulässigen die Rechtsfolge ist.

Kapitel 6 und § 21: Zwischenergebnis und Abwägung der Auslegungselemente

- 479 Die grammatikalische Auslegung des Gesetzes hat widersprüchliche Ergebnisse hervorgebracht. Artikel 8 UWG gibt kaum eine Antwort,⁸⁶⁷ die Artikel 9 f. UWG sprechen eher für Geltung des Zulässigen (und dafür, dass sie allein und abschliessend die Rechtsfolge bestimmen).⁸⁶⁸ Aus Artikel 19 OR (insbesondere dessen Absatz 2) ergab sich eher die Geltung des Zulässigen.⁸⁶⁹ Das ergab sich auch aus Artikel 20 Absatz 1 OR (basierend auf der einschlägigen Rechtsprechung und Lehre),⁸⁷⁰ doch ist dessen normative Zuständigkeit eher unklar.⁸⁷¹ Der Wortlaut von Artikel 20 Absatz 2 OR spricht eher für eine erweiterte Unwirksamkeit,⁸⁷² doch ist auch hier die normative Zuständigkeit unklar. Eine systematische Betrachtung von Artikel 20 Absatz 2 OR – die Frage nach dem Inhalt des von ihm erwähnten hypothetischen Parteiwillens – führte ebenfalls zu keinem Ergebnis.⁸⁷³ Überlegungen der «Praktikabilität» führten dazu, dass nicht versucht werden sollte, aus dem Wortlaut von Artikel 20 Absatz 2 OR eine Antwort zu finden.⁸⁷⁴

867 Vorn N 192.

868 Vorn N 183, vorn N 188 und vorn N 192.

869 Vorn N 196 und vorn N 199.

870 Vorn N 205.

871 Vorn N 283.

872 Vorn N 212. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung ist aber weniger klar (vorn N 217); sie mass insbesondere dem Wortlaut des Art. 20 Abs. 2 OR («Teil»), der für eine erweiterte Unwirksamkeit sprechen könnte, kaum Bedeutung zu (vorn N 220 und vorn N 227). Vgl. auch vorn N 257.

873 Vorn N 240.

874 Vorn N 256 («Blue-Pencil-Test»). Es wurde aber auch ausgeführt, dass damit die grammatikalische und die systematische Auslegung verlassen würden, was als Beleg dafür angenommen werden kann, dass diese eben gerade keine (oder nur eine sehr unklare) Antwort geben können.

Auch die Betrachtung weiterer Normen – im Sinne einer systematischen Auslegung – hat kaum ein klares Ergebnis hervorgebracht. Artikel 36 BV spricht eher für die Geltung des Zulässigen.⁸⁷⁵ Die Artikel 62 ff. und 423 Abs. 1 OR führen zu keinem Ergebnis,⁸⁷⁶ ebenso wenig Artikel 2 ZGB.⁸⁷⁷

Eine historische Auslegung der Artikel 8 ff. UWG hat kein Ergebnis hervorgebracht.⁸⁷⁸ Eine historische Auslegung von Artikel 20 OR hingegen spricht eher für Geltung des Zulässigen.⁸⁷⁹ Aus einer rechtsvergleichenden Betrachtung hat sich ebenfalls keine Antwort ergeben.⁸⁸⁰

Die teleologische Auslegung sprach zunächst für eine erweiterte Unwirksamkeit.⁸⁸¹ Es hat sich dann aber gezeigt, dass die Mittelauswahl, die der Gesetzgeber getroffen hat,⁸⁸² für eine Geltung des Zulässigen spricht.⁸⁸³

Die Auslegungselemente halten sich – in der Zahl und mit Rücksicht auf ihr Gewicht (das sich wiederum aus ihrer Klarheit ergibt) – etwa die Waage; eher sprechen sie allerdings für die Geltung des Zulässigen. Es ist deshalb aufgrund weiterer Rechtsfindungselemente zu prüfen, was die Rechtslage ist.⁸⁸⁴

Immerhin kann man die Frage stellen, ob Artikel 8 UWG überhaupt Prävention verfolgt. Denn die teleologische Auslegung – in einem eng verstandenen Sinn, also ohne Rücksicht auf die gesetzgeberische Mittelauswahl – hängt vor allem davon ab.⁸⁸⁵ Verfolgt Artikel 8 UWG aber gar keinen Präventionszweck, fällt dieses Ergebnis der teleologischen Auslegung weg. Teilweise

875 Vorn N 292.

876 Vorn N 342.

877 Vorn N 374, vorn N 379 und vorn N 390.

878 Vorn N 191.

879 Vorn N 228 f.

880 Vorn N 304.

881 Vorn N 406.

882 Man muss diese Argumente nicht zwingend als teleologische verstehen, sondern kann sie auch der grammatikalischen oder systematischen Auslegung zuordnen. Aufgrund des «pragmatischen Methodenpluralismus» spielt das aber keine Rolle. Allerdings geht CANARIS, Systemdenken, S. 91 Fn. 23, davon aus, dass «stets der teleologischen Auslegung der Vorrang [gebührt]». Wenn man das annimmt, müsste man dann solchen Argumenten, die man nur der teleologischen Auslegung zuordnen kann (aber auch anderen Auslegungselementen zuordnen könnte), diesen Vorrang nur beschränkt zukommen lassen.

883 Vorn N 441 und vorn N 478 (vgl. auch vorn N 429, vorn N 439 und vorn N 440).

884 Geht man davon aus, es sei stets sogar die Möglichkeit einer Lückenfüllung zu prüfen (hinten N 504), so nicht «deshalb». Die Erkenntnis, dass die Auslegung (und damit die «bisherigen» Rechtsfindungselemente) zu keinem einigermaßen klaren Ergebnis führte(n), ist aber in einer «Gesamtgewichtung» (der Auslegungs- und der weiteren Rechtsfindungselemente) von Bedeutung. Eine solche «Gesamtgewichtung» ergibt sich wohl bei der Frage nach dem Vorliegen eines qualifizierten Schweigens (hinten Fn. 945).

885 Vorn N 398 ff.; aber nicht nur, vgl. vorn N 469 ff.

wird geltend gemacht, Artikel 8 UWG sei ein «Kuckucksei» im UWG.⁸⁸⁶ Ist das der Fall, so kann man nicht ohne Weiteres annehmen, der Präventionszweck, der sich hauptsächlich aus Artikel 1 UWG ergibt,⁸⁸⁷ komme auch Artikel 8 UWG zu.⁸⁸⁸

485 Es wurde mit verschiedenen Vorschlägen versucht, eine «offene AGB-Kontrolle» zu erlassen, und zwar nicht nur im UWG.⁸⁸⁹ Man könnte deshalb annehmen, es sei nur «Zufall», dass eine Norm über diese AGB-Kontrolle im UWG steht, und der Gesetzgeber habe damit keine lauterkeitsrechtliche Norm erlassen wollen.⁸⁹⁰ Man kann sich auch fragen, ob eine Norm über die AGB-Kontrolle überhaupt lauterkeitsrechtliche Ziele verfolgt, und so das systematische Argument – «gehört» Artikel 8 UWG ins UWG? –, das wiederum den Zweck des Artikels 8 UWG bestimmen soll (und damit für die teleologische Auslegung von Bedeutung ist), teleologisch bestätigen. Pichonnaz/Fornage verstehen (missbräuchliche) allgemeine Geschäftsbedingungen als lauterkeitsrechtliches Problem.⁸⁹¹ Man kann missbräuchliche Geschäftsbedingungen auch im Sinne eines «Vorsprungs durch Rechtsbruch» als lauterkeitsrechtliches Problem betrachten.⁸⁹² Und dass ein «Vorsprung durch Rechtsbruch» vom Gesetzgeber als lauterkeitsrechtliches Problem anerkannt ist, ergibt sich wiederum aus Artikel 7 UWG.⁸⁹³

886 Vorn Fn. 806 und vorn N 484.

887 Vorn N 118 und vorn N 467.

888 Oder umgekehrt: Man kann dann nicht annehmen, auch Art. 8 UWG diene überhaupt den Zwecken des UWG (dazu sein Art. 1), die eben präventiv durchzusetzen sind.

889 Vgl. dazu THOUVENIN, Art. 8 UWG N 64 ff. Vgl. auch die Hinweise in BGE 135 III 1 Erw. 2.2 S. 8 f. und in der BOTSCHAFT UWG 2009, S. 6159.

890 Man kann daraus aber auch gerade das Gegenteil folgern: Der Gesetzgeber wollte eine Norm über die AGB-Kontrolle eben nicht irgendwo (namentlich nicht im OR), sondern gerade im UWG, damit sie die Zwecke des UWG fördere und damit sie «im Lichte» der Zwecke des UWG ausgelegt wird. Zuletzt könnte man diesem Argument überhaupt keine Beachtung schenken, wenn das Gesetz objektiv auszulegen ist, da es nach Bundesgericht ein «vom Willen des Gesetzgebers unabhängiges Dasein» entfaltet (HONSELL, BaKomm, Art. 1 ZGB N 11 Abs. 2, mit Hinweisen auf die Rechtsprechung): Ist eine Norm über die AGB-Kontrolle im UWG, spielt es keine Rolle, weshalb der Gesetzgeber das so wollte.

891 «Contrôler les conditions générales a ainsi pour but de garantir le fonctionnement du marché en permettant une concurrence loyale et d'éviter des avantages indus de certains concurrents sur le marché, tentés d'offrir les mêmes biens ou services à un prix inférieur en raison de conditions contractuelles plus défavorables» (PICHONNAZ/FORNAGE, S. 286). Vgl. auch die bei HEISS, Art. 8 UWG N 36 ff., insbesondere N 43, Zitieren (vgl. auch vorn Fn. 806), und DASSER, BaKomm, Art. 136 IPRG N 8a.

892 Dazu SPITZ/UHLMANN, Vor Art. 16-20 UWG N 30.

893 «Nichteinhaltung von Arbeitsbedingungen». Ob man diesen als Grundlage einer allgemeinen Regel betrachtet – sodass jeder Vorsprung durch Rechtsbruch Ansprüche nach

Es ist also unklar, ob der Gesetzgeber Artikel 8 UWG den Präventionszweck des UWG «zukommen» lassen wollte, es spricht aber einiges dafür. Und man könnte selbst hier annehmen, dass es nur «mehr oder weniger» klar gibt, nicht «Ja» oder «Nein». Dann wäre auch dieses «Teilergebnis» der teleologischen Auslegung – welchen Zweck verfolgt Artikel 8 UWG überhaupt? – eher unklar. Das ändert also daran, dass sich aus der Auslegung kein klares Ergebnis ergibt, nichts.

Kapitel 7: Rechtsfindung durch Analogie

§ 22 Vom Zweck zu Interessen und Wertungen

I. Ausgangslage

Der Zweck des Gesetzes – der die Grundlage der teleologischen Auslegung ist – «lässt sich ... ermitteln», wenn man «die hinter einer rechtlichen Ordnung stehenden Interessen [kennt] ... Diese Einsicht liegt der Interessenjurisprudenz zugrunde. Sie ist also eine Präzisierung und Weiterführung der teleologischen Jurisprudenz, indem sie betont, dass Zwecke von Rechtsnormen sich zumeist aus einem Kompromiss zwischen entgegengesetzten Interessen ergeben.»⁸⁹⁴

«Wie entgegengesetzte Interessen gegeneinander abgewogen und in einen Ausgleich gebracht werden, steht nicht von vornherein fest, sondern ergibt sich erst aufgrund einer Wertung. Diese erfolgt regelmässig schon durch den Gesetzgeber. Er beurteilt die Schutzwürdigkeit und das Gewicht der betroffenen Interessen, trifft einen Entscheid und stellt eine allgemeine Regel auf. Daran haben sich die Gerichte und Behörden zu halten. Sie sollen also nicht eine freie Abwägung der Interessen vornehmen, sondern diese nur noch

UWG auslösen würde – oder gerade *e contrario* annimmt, andere Fälle des Vorsprungs durch Rechtsbruch seien keine Fälle des UWG, muss hier nicht untersucht werden (vgl. aber FERRARI HOFER, Art. 2 UWG N 18, wonach den Sondertatbeständen des UWG keine Sperrwirkung zukomme). Für die AGB-Kontrolle ergibt sich, dass missbräuchliche Geschäftsbedingungen Ansprüche nach UWG auslösen können – nachdem missbräuchliche Geschäftsbedingungen grundsätzlich zumindest *auch* ein lauterkeitsrechtliches Problem sind –, daraus, dass der Gesetzgeber eine Norm über diese Kontrolle im UWG erlassen hat (eben in Art. 8).

⁸⁹⁴ FORSTMOSER/VOGT, § 1 N 96; auch N 105 ff. Vgl. auch EMMENEGGER/TSCHECHTER, Art. 1 ZGB N 134 am Ende, mit Verweis auf Heck: «Wenn der Gesetzgeber mit seinen Gesetzen die Regelung von Interessenkonflikten bezweckt, so bedeutet Auslegung die Ermittlung der Interessen, die geschützt werden sollen, also die Zweckermittlung.»

im Lichte der vom Gesetz vorgegebenen Wertung würdigen.»⁸⁹⁵ Hat der Gesetzgeber die Interessenabwägung für die Frage, was die vertragliche Rechtsfolge der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen ist, nicht ausdrücklich vorgenommen, ist also zu fragen, wie diese «im Lichte der vom Gesetz vorgegebenen Wertung» vorzunehmen ist.⁸⁹⁶

II. Interessenkonflikt, für dessen (Auf-)Lösung eine Antwort zu suchen ist

489 Es stellt sich also die Frage, um welchen Interessenkonflikt es bei Artikel 8 UWG geht, denn es sind Normen zu suchen, die den gleichen Interessenkonflikt betreffen.⁸⁹⁷ Um solche Normen zu finden, muss der Interessenkonflikt abstrahiert werden. Sonst müsste man nach Normen suchen, in denen der Konflikt derjenigen Interessen besteht, die beim äusseren Bestand eines unzulässigen (weil Artikel 8 UWG verletzenden) Vertrages betroffen sind. Und das ist allein Artikel 8 UWG (der eben keine Antwort darauf gibt, wie die Interessen

895 FORSTMOSER/VOGT, § 1 N 102 f. Vgl. auch BGE 116 II 525: «Diese Regelungsabsicht und die vom Gesetzgeber in Verfolgung dieser Absicht erkennbar getroffenen Wertentscheidungen bleiben für den Richter verbindliche Richtschnur, auch wenn er das Gesetz mittels teleologischer Auslegung oder Rechtsfortbildung ... ergänzt.» Nach MEIER-HAYOZ, BeKomm, Art. 1 ZGB N 152, ist der Rechtsanwender «nicht nur dem blossen Wortlaut des Gesetzes unterworfen», sondern auch «klaren legislativen Werturteilen und Zweckbestrebungen». Und schon HECK, S. 250: «Die Gebote des Gesetzes enthalten eine Abgrenzung in Konflikt stehender Interessen und dadurch Werturteile. Diese Werturteile sind für den Richter bei Abwägung gleichartiger Interessen massgebend, und zwar auch bei solchen Interessenkonflikten, die nicht unter die Tatbestände der gesetzlichen Gebote fallen.»

896 Das Vorgehen entspricht also weitgehend dem von Art. 1 Abs. 2 ZGB vorgesehenen. Allerdings ist nicht die Regel *aufzustellen*, die das Gericht *als* Gesetzgeber aufstellen *würde*, sondern es ist die Regel *zu suchen*, die es *als der* Gesetzgeber (des Art. 8 UWG) aufgestellt *hätte*. Das ist nichts anderes, als was die Wertungsjurisprudenz verlangt, die wiederum eine Weiterentwicklung der Interessenjurisprudenz ist (vgl. dazu FORSTMOSER/VOGT, § 1 N 102, wonach «die Interessenjurisprudenz ... weiterentwickelt und präzisiert worden» ist; vgl. aber dazu, dass bereits die Interessenjurisprudenz auf Wertungen und ihre gesetzgeberische «Vorzeichnung» abstellte, BYDLINSKI, Methodenlehre, S. 123 ff., und PETERSEN, S. 7.

897 Vgl. BYDLINSKI, Methodenlehre, S. 120: «[E]s kommt darauf an, ob in dem nicht gesetzlich erfassten Fall gerade derselbe Interessenkonflikt nachgewiesen werden kann, dem der gesetzliche Tatbestand gewidmet ist, und ob daher die gesetzliche Interessenbewertung der analog anzuwendenden Regelung auf den vom Gesetzgeber nicht geregelten anderen Fall *passt*.» Und schon EGGER, Art. 1 ZGB N 37: «[Der Richter] erkennt, dass entweder keine oder doch keine zutreffende Norm vorliegt. Er entscheidet den Fall nach einer (andern) Norm, die dem Wortlaut nach nicht zutrifft. Aber diese löst der Sache nach den gleichen Interessenkonflikt und vermag deshalb die sachgemässe Lösung auch für den vorliegenden zu geben.»

abzuwägen sind).⁸⁹⁸ Bei allgemeinen Geschäftsbedingungen stehen einander (regelmässig und soweit Artikel 8 UWG diese erfasst notwendigerweise) Konsumenten einerseits und Unternehmer⁸⁹⁹ oder «Anbieter»⁹⁰⁰ gegenüber.⁹⁰¹ Es geht also um «Konsumenten-Verträge». Solche regelt der Gesetzgeber auch im Konsumkreditgesetz.⁹⁰² Man kann also fragen, zu welchem Ergebnis der Gesetzgeber aufgrund der Abwägung der Interessen, die beim Konsumkreditvertrag betroffen sind, gelangte. Das ist nichts anderes als die Frage nach der analogen Anwendung des KKG, namentlich seiner Artikel 15 und 32. Die Wertungsjurisprudenz führt also zur Rechtsfindung durch Analogie.⁹⁰³ Im Folgenden ist deshalb zu prüfen, ob die Artikel 15 und 32 KKG (und andere Normen) analog auf Artikel 8 UWG anzuwenden sind.

898 Vgl. vorn N 479 ff. Vgl. aber immerhin hinten N 555 ff.

899 Nach Art. 2 Nr. 2 der RICHTLINIE ist «Unternehmer» jede natürliche oder juristische Person, unabhängig davon, ob letztere öffentlicher oder privater Natur ist, die bei von dieser Richtlinie erfassten Verträgen selbst oder durch eine andere Person, die in ihrem Namen oder Auftrag handelt, zu Zwecken tätig wird, die ihrer gewerblichen, geschäftlichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können».

900 Vgl. Art. 32 Abs. 1 lit. b ZPO. Vgl. auch Art. 2 KKG: «Als Kreditgeberin gilt jede natürliche oder juristische Person, die gewerbsmässig Konsumkredite gewährt.»

901 Denkbar wäre allerdings auch, dass Art. 8 UWG auch für Verträge zwischen zwei Konsumenten gilt (also auch der AGB-Verwender ein Konsument sein kann), dazu HEISS, Art. 8 UWG N 145 ff. Es dürfte aber jedenfalls nicht der Regelfall sein. Vgl. auch hinten, Fn. 1285, zur Frage, ob Art. 8 UWG als «AGB-Unterworfenen» nur Konsumenten erfasst (wie es sich aus seinem Wortlaut ergeben würde).

902 Das KKG steht so betrachtet «neben» Art. 8 UWG, indem es ebenfalls Konsumentenverträge regelt. Konsumkreditverträge dürften aber in aller Regel ebenfalls unter Verwendung allgemeiner Geschäftsbedingungen geschlossen werden, sodass das KKG – soweit es den Inhalt von Verträgen regelt – faktisch und regelmässig als ein Sonderfall des Art. 8 UWG erscheint. Ob und wie weit das KKG dem Art. 8 UWG (als *lex specialis*) vorgeht, ist hier nicht zu untersuchen.

903 Vgl. FORSTMOSER/VOGT, § 1 N 63. Zur «Zusammengehörigkeit» von Interessenjurisprudenz (die eben zur Wertungsjurisprudenz «weiterentwickelt» wurde) und Analogie vgl. auch BYDLINSKI, Methodenlehre, S. 120: «Zur weiteren Illustration der Denkweise der Interessenjurisprudenz diene wieder das Problem der Rechtsfindung durch Analogie.» Vgl. auch KRAMER, Methodenlehre, S. 221, nach dem bei der Analogie «auf Basis teleologischer Betrachtung, von Fall zu Fall zu prüfen [ist], ob der zu beurteilende Sachverhalt wertungsmässig denjenigen entspricht, die gesetzlich erfasst sind» (mit Verweis auf BGE 140 III 206). Und schon Heck (der als «Begründer» der Interessenjurisprudenz gilt) wies auf die «Fernwirkung» der gesetzgeberischen Werturteile» hin (CANARIS, Systemdenken, S. 37 f.). Ob es hingegen auch noch Rechtsfindung mit den Mitteln der Wertungsjurisprudenz gibt, die nicht Analogie ist, ist hier nicht zu untersuchen. Man könnte vielleicht sogar sagen, die Wertungsjurisprudenz «liefere» eine Begründung, weshalb die (bereits intuitiv richtig scheinende) Analogie berechtigt und mit dem Gesetz vereinbar (von diesem sogar gefordert) ist. Auch das ist hier nicht zu untersuchen.

§23 Konsumkreditgesetz

I. Artikel 15 KKG (Höchstzins)

1. Inhalt der Artikel 9 und 15 KKG

a. Bar-, Finanzierungs- und Überziehungskredite, Kunden- und Kreditkartenkonti

490 «Der Bundesrat legt den höchstens zulässigen Zinssatz ... fest.»⁹⁰⁴ «Die Nichteinhaltung [des Artikels] 14 [KKG] bewirkt die Nichtigkeit des Konsumkreditvertrags.»⁹⁰⁵ «Ist der Konsumkreditvertrag nichtig, so hat die Konsumentin oder der Konsument die bereits empfangene oder beanspruchte Kreditsumme bis zum Ablauf der Kreditdauer zurückzuzahlen, schuldet aber weder Zinsen noch Kosten.»⁹⁰⁶

491 Der Konsument kann also die Kreditsumme – die Darlehensvaluta – einsteilen behalten (nämlich entsprechend den vereinbarten Rückzahlungsraten [Artikel 15 Absatz 3 KKG] bis zum Ablauf der Kreditdauer)⁹⁰⁷ und schuldet für die Zukunft⁹⁰⁸ «weder Zinsen noch Kosten», erhält also ein zinsloses Darlehen. Bereits geleistete Kosten und Zinsen kann er zudem nach Artikel 62 OR zurückfordern.⁹⁰⁹

904 Art. 14 Satz 1 KKG. Nach dem Wortlaut des Gesetzes (insbesondere Art. 14 Satz 1 KKG) könnte man annehmen, ein Höchstzins bestehe nur für «Barkredite» (Art. 9 KKG) oder immerhin auch für Kredite nach Art. 10 KKG, bei denen der Vertrag neben den Angaben nach Art. 9 KKG «auch» Weiteres enthalten muss. Aus Art. 1 Abs. 2 VKKG ergibt sich aber, dass der Höchstzins – nach Ansicht des jeweiligen Verordnungsgebers, der das Gesetz natürlich nicht abändern kann – auch für Kredite nach Art. 12 KKG gilt; aus Art. 1 Abs. 1 VKKG-EJPD, dass er auch für Kredite nach Art. 10 KKG gilt und für Leasingverträge (Art. 11 KKG). Diese Unklarheit mag sich daraus ergeben, dass das KKG nirgends klar festhält, dass ein Höchstzinssatz überhaupt besteht (und für welche Verträge er gilt), sondern dies in Art. 14 KKG, der eine Delegationsnorm ist und Grundsätze für die Zinshöhe festlegt, lediglich voraussetzt. (Für ein Gegenbeispiel, in dem die Rechtslage nicht nur implizit festgelegt wird, vgl. Art. 22 Abs. RPG [«Bauten und Anlagen dürfen nur mit behördlicher Bewilligung errichtet oder geändert werden.»])

905 Art. 15 Abs. 1 KKG.

906 Art. 15 Abs. 2 KKG.

907 Im Gegensatz zu Art. 75 OR.

908 Die Nichtigkeit dürfte wie die nach Art. 20 Abs. 1 OR – zu dieser HUGUENIN/MEISE, Art. 19/20 OR N 53 Abs. 2 – ex tunc wirken, also «von allem Anfang an». Es gibt also «rechtlich» kein «Vorher» und «Nachher», da die Nichtigkeit auch nicht von einer Partei oder vom Richter festgestellt werden muss (ebd.). Dennoch gibt es faktisch Leistungen, die der Konsument im Zeitpunkt, in dem er von der Nichtigkeit erfährt, schon erbracht hat, und solche, die er noch nicht erbracht hat. Vgl. zu diesem Zeitpunkt (im Zusammenhang mit Leasingverträgen) GIGER, Konsumkredit, Teil II N 657: «mit Entdeckung des Nichtigkeitsgrundes».

909 GIGER, Konsumkredit, Teil II N 654. Auch HONSELL, Strafgedanke, S. 332: «[D]er Kreditnehmer [kann] bereits bezahlte Raten aus ungerechtfertigter Bereicherung herausverlangen.»

Es gilt also statt des vereinbarten Zinses nicht der gerade noch zulässige von 492 zurzeit 10%⁹¹⁰ oder ein möglicherweise als angemessen betrachteter von 5%.⁹¹¹ Bereits geleisteten Zins (und geleistete Kosten) kann er (ungeachtet der möglicherweise einschlägigen Artikel 63 und 66 OR) zurückfordern.⁹¹²

Das ist eine erweiterte Unwirksamkeit.⁹¹³ Denn der Konsument ist besser 493 gestellt, als er es wäre, wenn die Parteien einen zulässigen Vertrag geschlossen hätten (und die Kreditgeberin entsprechend schlechter). Ist Artikel 15 KKG auf Artikel 8 UWG analog anzuwenden,⁹¹⁴ wäre die vertragliche Rechtsfolge der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen ebenfalls eine erweiterte Unwirksamkeit.

b. Leasingvertrag

«Bei einem Leasingvertrag hat die Konsumentin oder der Konsument den ihr 494 oder ihm überlassenen Gegenstand zurückzugeben und die Raten zu zahlen, die bis zu diesem Zeitpunkt geschuldet sind. Ein damit nicht abgedeckter Wertverlust geht zu Lasten der Leasinggeberin.»⁹¹⁵

Beim Bar-, Finanzierungs- und Überziehungskredit und einem Kredit 495 auf einem Kredit- und Kundenkartenkonto mit Kreditoption (im Folgenden: Kredit) kann der Konsument die Darlehenssumme einstweilen behalten. Beim Leasingvertrag hingegen muss der Konsument die Sache (also das ihm Überlassene) zurückgeben. Und während der Konsument beim Kredit für die ganze Kreditdauer keine Zinsen und Kosten schuldet, muss der Konsument die Raten zahlen, «die bis zu diesem Zeitpunkt geschuldet sind».⁹¹⁶ Er schuldet also

910 Zur Zinshöhe Art. 1 Abs. 1 der VO-KKG-EJPD, gestützt auf VKKG, gestützt wiederum auf die Art. 9-11 und 14 KKG. Für Kreditkarten beträgt der Höchstzins 12 Prozent.

911 Art. 73 Abs. 1 OR; dieser gilt subsidiär auch für Art. 314 Abs. 1 OR (dazu SCHÄRER/MAURENBRECHER, Art. 314 OR N 3). Was angemessen ist, hängt gerade bei Darlehen vom Einzelfall, namentlich dem Ausfallrisiko, ab. Angemessen könnte also auch ein Zins sein, der den zulässigen Höchstzins überschreitet. Vgl. dazu BGE 80 II 327 Erw. 3.b S. 332: «Ein das erlaubte Mass übersteigender Zins braucht Leistung und Gegenleistung nicht notwendig in ein offenes Missverhältnis zu bringen. Er mag mitunter eine durchaus gerechtfertigte Risikoprämie sein ... Der Zinsbezug in verbotener Höhe kann eine Übervorteilung sein, muss es aber nicht.»

912 GIGER, Konsumkredit, Teil II N 654 (Herv. hinz.), wonach «die Pflicht des Konsumenten zur Rückzahlung des erhaltenen Kredits *im Austausch mit der Herausgabe bereits bezogener periodischer Leistungen (Raten) durch den Kreditgeber*» erfolgt. Vgl. auch BOTSCHAFT KKG, S. 3186.

913 Vgl. HEIZMANN, Strafe, N 495 und N 499.

914 Ablehnend KOLLER A., N 13.146.

915 Art. 15 Abs. 4 KKG.

916 Gemeint ist damit: bis zur Rückgabe des Leasingobjekts (GIGER, Konsumkredit, Teil II N 658).

«für die Vergangenheit» die vereinbarten Leasingraten.⁹¹⁷ Während der Konsument beim Kredit die Darlehenssumme weiterhin behalten darf (und entsprechend dem Vereinbarten zurückzahlen muss), muss der Konsument beim Leasingvertrag die Sache sofort zurückgeben und – ebenfalls anders als beim Kredit – für die Vergangenheit die Leasingraten bezahlen.⁹¹⁸

496 Es handelt sich aber dennoch um eine «erweiterte Unwirksamkeit».⁹¹⁹ Denn der «nicht abgedeckte Wertverlust» geht nach Artikel 15 Absatz 4 Satz 2 KKG zulasten des Leasinggebers. Gemeint ist damit Folgendes:

497 Die Parteien vereinbaren regelmässig Leasingraten, die über die ganze Leasingdauer konstant bleiben.⁹²⁰ Der Wertverlust von Konsumgütern (und von allen anderen Gütern) ist aber in aller Regel nicht linear, sondern degressiv (verliert zum Beispiel ein Auto im Wert von 100'000 Franken jedes Jahr 10% seines Werts, so verliert es im ersten Jahr 10'000 Franken an Wert, im zweiten – da es nur noch 90'000 Franken wert ist – nur noch 9000 Franken an Wert).⁹²¹ Zu Beginn der Leasingdauer sind die Leasingraten deshalb regelmässig tiefer als die Wertverminderung des Leasinggegenstands, zum Ende höher.⁹²² Gibt der Leasingnehmer zum Beispiel bei einer dreijährigen Leasingdauer das Leasingobjekt nach einem Jahr zurück (wozu er nach Artikel 17 Absatz 3 KKG, wie nach – dem allerdings dispositiven – Artikel 81 OR, berechtigt ist), sind die geleisteten Raten tiefer als der Wertverlust des Leasingobjekts; der Leasinggeber hat also mit dem (entwerteten) Leasingobjekt und

917 Vgl. zur Frage, ob das auch gilt, wenn der Mangel gerade darin besteht, dass die Leasingraten überhöht sind, den Hinweis auf parlamentarische Voten bei GIGER, Konsumkredit, Teil II N 658 (ohne dass daraus klar würde, wie es sich damit verhält).

918 GIGER, Konsumkredit, Teil II N 659 (S. 533) erklärt diesen Unterschied damit, dass bei Leasing das Eigentum beim Leasinggeber verbleibt (und er es schon deshalb zurückfordern darf). Beim Kredit hingegen geht das Geld regelmässig durch Vermischung in das Eigentum des Konsumenten über (entgegen Art. 727 Abs. 1 ZGB, vgl. SCHWANDER, Art. 727 ZGB N 6). Die Unterschiedlichkeit der Rechtsfolgen ist damit (verglichen mit dem «allgemeinen Sachenrecht») systemkonform und konsequent; zwingend war es aber natürlich nicht, dass der Gesetzgeber nicht zum Beispiel dem Konsumenten dennoch ein Weiternutzungsrecht an der Leasing Sache eingeräumt (und damit Systemkonformität gerade zum Kredit nach KKG hergestellt) hätte.

919 Vgl. HEIZMANN, Strafe, N 495 und N 499.

920 Ob sie dazu verpflichtet sind (zum Beispiel nach Art. 11 Abs. 2 lit. b KKG), ist hier nicht zu untersuchen.

921 Vgl. NEUHAUS/HAAG, Art. 960a OR N 17, zu den Möglichkeiten, Abschreibungen – die zwar nicht das Gleiche sind wie Wertverluste, aber doch dazu dienen, solche darzustellen – linear oder degressiv vorzunehmen.

922 Umgekehrt werden deshalb desto höhere Leasingraten vereinbart, umso kürzer die Leasingdauer ist. Denn die anfangs hohen Wertverluste können dann auf weniger Jahre (und vor allem auf weniger «spätere» Jahre mit tieferen Wertverlusten) «verteilt» werden.

den geleisteten Raten weniger als vorher.⁹²³ Entsprechend erlaubt Artikel 11 Absatz 2 Buchstabe g KKG (auf den Artikel 17 Absatz 3 KKG verweist), dass der Leasinggeber dann eine zusätzliche Zahlung verlangt.⁹²⁴ Im Fall des Artikels 15 Absatz 4 KKG – also wenn der Konsument die Leasingsache deshalb zurückgibt, weil der Vertrag nichtig ist, und nicht, weil er den Vertrag vorzeitig beenden will⁹²⁵ – steht dem Leasinggeber eine solche Nachforderung aber nicht zu, sondern der «Wertverlust» geht eben zu seinen Lasten.

2. Voraussetzungen der Analogie

Es ist zu untersuchen, ob sich aus Artikel 15 KKG im Wege der Analogie eine Antwort auf die hier gestellte Frage ergibt. Wie ausgeführt ist dazu nach den Wertungen, die dem Artikel 15 KKG zugrunde liegen, und danach zu fragen, ob die gleichen Interessen bei Artikel 8 UWG vorliegen (sodass dann diese Interessen gleich bewertet und abgewogen werden müssen). Zuerst ist aber zu untersuchen, ob eine solche Analogie aus methodischen Gründen – also aus (anderen) Regeln über die Rechtsfindung – ausgeschlossen ist.

a. Grenze der Rechtsfindung

Es gibt eine Grenze der (richterlichen) Rechtsfindung.⁹²⁶ Die Annahme, vertragliche Rechtsfolge der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen

923 Im genannten Beispiel wäre der Wertverlust im ersten Jahr 10'000 Franken (das Fahrzeug nach diesem Jahr also noch 90'000 Franken wert), im zweiten 9000 Franken (nämlich 10% von 90'000 Franken) (das Fahrzeug nach diesem Jahr noch 81'000 Franken wert) und im dritten 8100 Franken (nämlich 10% von 81'000 Franken). Die gesamte Leasingsumme müsste also (wenn man sonstige Kosten und einen Gewinn für den Leasinggeber einmal ausser Acht lässt) $(10'000 + 9000 + 8100 =) 27'100$ Franken betragen, also bei drei Jahren 9033 Franken pro Jahr. Gibt der Leasingnehmer das Fahrzeug nach einem Jahr und 9033 Franken gezahlter Leasingraten zurück, hat der Leasinggeber einen «nicht abgedeckten Wertverlust» von $(10'000 - 9033 =) 967$ Franken (oder umgekehrt betrachtet: er hat dann ein Fahrzeug mit einem Wert von noch 90'000 Franken und 9033 Franken Leasingraten, also ebenfalls 967 Franken weniger als zuvor und als er nach drei Jahren hätte).

924 Vgl. auch den Entscheid des Bundesgerichts vom 18. Dezember 2008 im Verfahren 4A_404/2008, in dem sich die Frage stellte, ob solche «Nachforderungen» – jedenfalls soweit ökonomisch gerechtfertigt – zulässig sind oder nicht (das KKG war nicht anwendbar, vgl. Erw. 2). Das Bundesgericht beantwortete die Frage nicht, da es annahm, der Leasinggeber habe überhaupt keinen Anspruch, da die zu zahlende «Restanz» überhöht gewesen ist. Kritisch dazu das Obergericht des Kantons Zürich in einem Entscheid vom 16. Dezember 2016 im Verfahren NP160007-O, Erw. 3.6.2 ff. (publiziert in Blätter für Zürcherische Rechtsprechung [«ZR»] 2017 Nr. 20 [S. 81 ff.]).

925 Ob es sich dabei um eine «Kündigung» oder sonst ein «Phänomen» handelt, soll damit nicht gesagt sein. Es spielt hier keine Rolle.

926 Das legen schon die Art. 1 Abs. 1 und 2 ZGB nahe. Es ergibt sich zudem daraus, dass «im gewaltenteiligen Rechtsstaat die Rechtsetzung die Prärogative des Gesetzgebers» ist (FORSTMOSER/VOGT, § 15 N 83).

sei eine erweiterte Unwirksamkeit, könnte diese Grenze überschreiten. Dieser Grenzziehung dient herkömmlicherweise die Unterscheidung von Auslegung und Lückenfüllung (und, davor, Lückenfeststellung).⁹²⁷ Dabei soll Auslegung ohne weitere Voraussetzungen zulässig sein, Lückenfüllung aber nur – wie der Begriff schon impliziert – bei Vorliegen einer Lücke. Es ist also zu fragen, ob die Annahme, vertragliche Rechtsfolge der Verletzung von Artikel 8 UWG sei – wie bei einer Verletzung von Artikel 14 (und damit nach Artikel 15) KKG – erweiterte Unwirksamkeit, sich durch Auslegung oder nur durch Lückenfüllung ergibt. Das methodische Vorgehen ist bei Auslegung und Lückenfüllung – abgesehen von der Frage nach dem Vorliegen einer Lücke – das gleiche.⁹²⁸ Die Grenze liegt sodann nicht in der «Natur der Sache», sondern wird von Artikel 1 ZGB und von der Verfassung «künstlich» gezogen, weil es verfassungsrechtlich gewünscht ist, dass grundsätzlich der Gesetzgeber die Rechtslage bestimmt. Sie wird sich deshalb nicht «von selbst» zeigen, sondern es ist separat zu prüfen, ob sie überschritten wird (was hier getan wird).

500 Vorliegend wird die analoge Anwendung von Artikel 15 (und nachfolgend von Artikel 32) KKG geprüft. Analogie wird regelmässig nicht als Auslegung, sondern als Lückenfüllung betrachtet.⁹²⁹ Analogie ist also – wenn man

927 Dazu, dass die Unterscheidung zwischen Auslegung und Lückenfüllung der «Grenz»-Ziehung zwischen «zulässiger» und «unzulässiger» Rechtsfindung dient, vgl. BGE 121 III 219 Erw. 1.d.S. 226: «[M]it dem Lückenbegriff in seiner heutigen schillernden Bedeutungsvielfalt [wird] leicht die Grenze zwischen zulässiger richterlicher Rechtsfindung ... und grundsätzlich unzulässiger richterlicher Gesetzeskorrektur verwischt.» Den Zusammenhang zwischen dem Grundsatz der Gewaltenteilung – der Grundlage der Grenzen richterlicher Rechtsfindung ist – und der Annahme von Lücken erwähnen FORSTMOSER/VOGT, § 15 N 4 und N 6 ff. Nach § 15 N 92 f. ergeben sich die «Grenzen richterlicher Rechtsschöpfung» aus «den der gegenwärtigen Gesamtrechtsordnung immanenten Wertungen und Prinzipien»; diese stellen die «Grenzen der richterlichen Rechtsschöpfung» dar (N 93) und zeigen gleichzeitig auf, wann eine Lücke vorliegt (N 92), mithin dient der Lückenbegriff einfach dazu, diese Grenze zu kennzeichnen. Vgl. auch CANARIS, Lücken, Aus dem Vorwort zur 1. Auflage (S. 6) (Herv. i.O.): «[Die] Problematik der Lückenfeststellung ... ist ... nicht weniger bedeutsam ... als die Frage der Lückenausfüllung, fällt doch bereits bei der Lückenfeststellung die einschneidende Entscheidung darüber, ob der Richter überhaupt zur Rechtsfortbildung befugt ist.»

928 Gemäss BGE 121 III 219 Erw. 1.d.cc S. 224 f. sind die bei der Auslegung gebräuchlichen Methoden auch für die richterliche Rechtsschöpfung, unter anderem die teleologische Reduktion, massgeblich.

929 In BGE 74 II 106 Erw. 1 Abs. 2 S. 109 ging das Bundesgericht noch davon aus, Analogie sei Teil der Auslegung (oder finde jedenfalls vor der Lückenfüllung statt; denkbar ist auch, dass es entgegen dem Wortlaut von Art. 1 ZGB auch noch eine «Zwischenstufe» gibt [neben dem Gewohnheitsrecht, das hier nicht vorliegt]; vgl. KRAMER, Methodenlehre, S. 60 ff., S. 191 ff. und S. 249 ff.): «Lässt sich für einen neuen Sachverhalt eine Lösung auf dem Wege analoger Anwendung bestehender Rechtsvorschriften finden, so ist deshalb das Vorliegen einer Gesetzeslücke regelmässig zu verneinen.» In BGE 90 I 137 Erw. 3 S. 141 führte es dagegen aus: «Richtig ist zwar, dass bei der Auslegung des Gesetzes den darin niedergelegten Zwecken und Werten der gebührende Platz

annimmt, Lückenfüllung sei nur unter zusätzlichen Voraussetzungen zulässig – nur zulässig ist, wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind.

Vorn wurde allerdings ausgeführt, dass es keine «Methoden-Grenze» der (zulässigen) Rechtsfindung gibt,⁹³⁰ sondern dass Grenze zwischen Auslegung und Lückenfüllung (wenn sie denn besteht)⁹³¹ der Wortlaut (genauer: der Begriffshof) des Gesetzes ist; das, was mit dem Wortlaut gerade noch vereinbar ist, ist Auslegung, alles andere ist Lückenfüllung.⁹³²

einzuräumen ist. Wird die aus dem Zweckgedanken gewonnene Erkenntnis aber auf Gebiete angewendet, die das Gesetz, seinem Wortlaut zufolge, schlechthin nicht geregelt haben kann, dann geht es (den Fall der Berichtigung eines durch die Entstehungsgeschichte ausgewiesenen Redaktionsfehlers vorbehalten) nicht an, diese Folgerung noch als Auslegung zu bezeichnen; eine derartige Übertragung ist vielmehr im Sinne der in Art. 1 ZGB getroffenen Unterscheidung der Lückenfüllung zuzurechnen.» Nach ABEGG, S. 257, ist Analogie je nach «Dichte der Vergleichbarkeit» Rechtsfindung nach Art. 1 Abs. 1 oder nach Abs. 2 ZGB. Nach DÜRR, Art. 1 ZGB N 230, ist «Analogie [ein] Teilmechanismus im Rahmen «gewöhnlicher» Auslegung». Eugen Huber (Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements [1901], Erster Band: Einleitung. Personen- und Familienrecht, 2. Auflage, Bern 1914, S. 36 f. [zitiert nach EMMENEGGER/TSCHECHSCHER, Art. 1 ZGB N 377 Fn. 951]) ging aber davon aus, Analogie sei Auslegung. Heute geht die Mehrheit der Lehre davon aus, bei Analogie handle es sich um Lückenfüllung: Grundlegend CANARIS, Lücken, § 14 (S. 25); EMMENEGGER/TSCHECHSCHER, Art. 1 ZGB N 378; HONSELL, BaKomm, Art. 1 ZGB N 12; und schon MEIER-HAYOZ, BeKomm, Art. 1 ZGB N 346. Geht man davon aus, jenseits der Auslegung gebe es nur noch (mehr oder weniger) «freie Rechtsfindung» («modo legislatoris»; allerdings ist der Richter jedenfalls nach heutiger Ansicht auch hier ans Gesetz gebunden, vgl. EMMENEGGER/TSCHECHSCHER, Art. 1 ZGB N 452), ist Analogie sicher (eher) Auslegung. Nimmt man hingegen an, auch jenseits («reiner») Auslegung sei «gebundenes Richterrecht» möglich (und vom Gesetz gefordert), ist die Analogie nicht mehr notwendigerweise Auslegung.

930 Vorn N 66 ff.

931 VOGT, Handelsregister, § 1 N 347 ff., geht davon aus, dass die Unterscheidung zwischen Auslegung und Lückenfüllung eine unberechtigte und jedenfalls eine lediglich graduelle sei. Zudem weist er darauf hin, dass relevant nicht die Unterscheidung Auslegung und Lückenfüllung (mit ihrer Grenze des «mit dem Wortlaut noch zu Vereinbarenden») sei, sondern es komme auf die Grenze zwischen zulässiger und unzulässiger richterlicher Rechtsfindung an, die wiederum bei der «Planwidrigkeit» der Unvollständigkeit liege. In N 355 (Herv. wegg.) führt er aber aus, dass es eine Grenze gibt (und braucht). Es führe «nichts ... am Scheidepunkt vorbei, an dem der Rechtsanwender darüber zu befinden hat, ob die von ihm ins Auge gefasste Regel als eine des positiven Rechts anzusehen ist oder nicht. Der Rechtsanwender muss also insbesondere entscheiden, ob eine Unvollständigkeit der Rechtsordnung (derart) planwidrig ist, (so) dass sie behoben werden muss, oder ob ein qualifiziertes Schweigen vorliegt; er muss entscheiden, ob die fragliche Regel sich (in genügendem Mass) aus einer Auslegung ihres rechtlichen Umfeldes ergibt, ob die Regel (genügend eng und notwendig) an dieses Umfeld anknüpft.»

932 HONSELL, BaKomm, Art. 1 ZGB N 13 Abs. 2: «Liegt der zu subsumierende Begriff noch im Bereich des möglichen Wortsinns, handelt es sich um extensive Auslegung. Liegt er ausserhalb, ist der Fall jedoch ähnlich und trifft die ratio legis (der Gesetzeszweck) auf ihn genauso zu, dann geht es um Analogie.»

502 Die Annahme, vertragliche Rechtsfolge der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen sei eine erweiterte Unwirksamkeit, ist mit dem Wortlaut der Artikel 8 f. UWG und der Artikel 19 f. OR vereinbar.⁹³³ Der Wortlaut dieser Normen wird also durch die Annahme einer erweiterten Unwirksamkeit nicht verlassen, sodass – unabhängig von der «Qualifikation» der Analogie – keine Lückenfüllung vorläge. Nach seinem klaren Wortlaut enthält Artikel 15 KKG – in Verbindung mit Artikel 1 und 9–12 KKG – allerdings nicht eine Regel über die Verletzung von Artikel 8 UWG und auch nicht eine allgemeine Regel über die Rechtsfolgen der Verletzung der (oder zumindest bestimmter) Schranken der Vertragsfreiheit. Mit der Annahme, die von Artikel 15 KKG vorgesehene Rechtsfolge gelte auch bei Artikel 8 UWG, wird also der Wortlaut der Artikel 1, 9–12 und 15 KKG verlassen. Deshalb ist diese Annahme Lückenfüllung (und nicht Auslegung). Sie setzt damit voraus, dass die Voraussetzungen der Lückenfüllung erfüllt sind.⁹³⁴

b. Lücken als planwidrige Unvollständigkeit

503 Voraussetzung der Lückenfüllung ist das Vorliegen einer Lücke.⁹³⁵ Eine Lücke ist eine «planwidrige Unvollständigkeit».⁹³⁶ Lückenfüllung scheidet aus, wo ein qualifiziertes Schweigen vorliegt.⁹³⁷ Das Verhältnis dieser Kriterien – Unvollständigkeit des Gesetzes, Planwidrigkeit dieser Unvollständigkeit und qualifiziertes Schweigen (oder: dessen Fehlen) – scheint nicht so klar. Denkbar ist, dass es sich um drei separate (und damit separat zu prüfende) Voraussetzungen handelt; denkbar ist, dass ein qualifiziertes Schweigen die Unvollständigkeit des Gesetzes ausschliesst⁹³⁸ oder dass es die Planwidrigkeit der Unvollständigkeit ausschliesst⁹³⁹ (die Unvollständigkeit also zu einer *planmässigen*

933 Vorn N 180 ff. und vorn N 257.

934 Methodisch ist das Ergebnis also das Folgende: Analogie ist Rechtsfindung jenseits des (noch möglichen) Wortlauts; Lückenfüllung ist – im Gegensatz zu Auslegung – Rechtsfindung jenseits des (noch möglichen) Wortlauts. *Deshalb* ist Analogie (dann eben: per definitionem) Lückenfüllung (so im Ergebnis BGE 144 II 281 Erw. 4.5.2 S. 292). Die Grenze zwischen Auslegung und Analogie (als Lückenfüllung) ist allerdings fließend; vgl. dazu BYDLINSKI, Methodenlehre, 454 f., der auf die Möglichkeit einer «analogieartige[n] Auslegung» innerhalb des Vagheitsbereichs hinweist.

935 Vgl. nur BGE 144 II 281 Erw. 4.5 S. 291 ff.

936 EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 ZGB N 344.

937 EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 ZGB N 348.

938 So wohl BGE 134 V 15 Erw. 2.3.1 S. 16: «Eine Lücke im Gesetz besteht, wenn sich eine Regelung als unvollständig erweist, weil sie jede Antwort auf die sich stellende Rechtsfrage schuldig bleibt oder eine Antwort gibt, die aber als sachlich unhaltbar angesehen werden muss. Hat der Gesetzgeber eine Rechtsfrage nicht übersehen, sondern stillschweigend – im negativen Sinn – mitentschieden (qualifiziertes Schweigen), bleibt kein Raum für richterliche Lückenfüllung».

939 So EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 ZGB N 348.

macht). Dabei kommt es auf die Begriffe und die «Zuordnung» der Kriterien zueinander nicht an, sondern allein darauf, was genau zu prüfen ist.

Man kann als Erstes prüfen, ob das Gesetz unvollständig ist. Das kann man immer (schon) dann bejahen, wenn eine Rechtsregel, auf deren Vorliegen man das Gesetz untersucht, nicht vorliegt.⁹⁴⁰ Nimmt man an, es bestehe nicht nur ein Auslegungsgebot, sondern auch ein Lückenfüllungsgebot – in dem Sinn, dass stets zu prüfen ist, ob eine Lückenfüllung dem durch Auslegung (eben dann nur einstweilen) gefundenen Ergebnis widerspricht –, ist das Gesetz dann allerdings immer unvollständig: Denn dann ist stets zu prüfen, ob sich aus dem Gesetz (eben durch Lückenfüllung) die Rechtsregel ergibt, die der durch Auslegung gefundenen widerspricht. Jene Rechtsregel besteht aber – per definitionem – «bis jetzt» gerade nicht, womit das Gesetz eben unvollständig ist.⁹⁴¹ Irgendeine Antwort ergibt sich aus der Auslegung schon aufgrund des «allgemeinen negativen Satzes»⁹⁴² immer (sodass immer auch die Annahme des Gegenteils denkbar ist) (vorbehalten einmal Fälle der «technischen Lücke»). Damit hätte allerdings das Kriterium der Unvollständigkeit kaum mehr eine eigene Bedeutung. Immerhin ergibt sich daraus, dass am Anfang der Lückenfüllung klarzustellen ist, *welche* Rechtsregel es ist, die («bis jetzt», das heisst aufgrund der Auslegung) nicht erkannt wurde und für die man klären will, ob ihr Nichtbestehen planwidrig ist (und umgekehrt, *welche* Rechtsregel es ist, deren Bestehen man – entgegen dem Auslegungsergebnis – prüft). Das Gesetz wäre nach dieser Betrachtung also stets unvollständig.⁹⁴³

Die bisherige Rechtsfindung hat gezeigt, dass vertragliche Rechtsfolge der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen (eher) die Geltung des Zulässigen als eine erweiterte Unwirksamkeit ist. Die gegenteilige Regel – dass diese Rechtsfolge eine erweiterte Unwirksamkeit sei – enthält das Gesetz dann eben (eher) nicht. Es ist also in dem Sinne unvollständig. Immerhin besteht auch eine ausdrückliche Anordnung, dass Artikel 15 KKG nicht für UWG 8 gilt – und damit seine Rechtsfolgeanordnung nicht auch für Artikel 8 UWG gelten soll –, nicht (wenn auch schon die äussere Systematik das stark nahelegt).

940 Oder jedenfalls «bis jetzt» nicht vorliegt. Zeigt sich durch Lückenfüllung, dass diese Regel dem Gesetz entspricht, liegt sie gerade vor.

941 Vgl. LANGHEIN, S. 137: «Bei den «Lücken» in der Rechtsordnung werde vom Beurteiler eine «passende, zu erwartende Rechtsnorm» vermisst.» Ob das Gesetz unvollständig ist, hängt also davon ab, welche Regel man «erwartet»; und das Rechtsfindungsgebot verpflichtet eben gerade dazu, die Regel zu «erwarten», die sich aus der bisherigen Rechtsfindung – eben der Auslegung – (noch) nicht ergeben hat.

942 Zu diesem vorn Fn. 762.

943 Man könnte allerdings auch annehmen, das Gesetz sei nur unvollständig, wenn es («bis jetzt») eine nach irgendeinem «Rechtsgefühl» oder sonstigen Kriterien «erwartete» Regel nicht enthält. Das bringt aber in der Sache auch nicht mehr.

506 Als Zweites ist zu prüfen, ob die Unvollständigkeit planwidrig ist. «Planwidrig ist die Unvollständigkeit dann, wenn das Gesetz nach seiner Auslegung eine Antwort schuldig bleibt, obgleich nach seinem Zweck eine Antwort geboten wäre, oder wenn dem Gesetz eine Ausnahme fehlt, obwohl es nach seinem Zweck eine Ausnahme enthalten müsste.»⁹⁴⁴ «Nicht planwidrig ist ein Schweigen des Gesetzes und keine Lücke liegt vor, wenn die in Erwägung gezogene Regel auf Grund der nach der positiven Rechtsordnung massgeblichen Zwecke, Prinzipien und Systemzusammenhänge nicht als geboten erscheint, mag sie auch wünschenswert und «gerecht» sein.»⁹⁴⁵ Es kommt also auf den «Plan» des Gesetzes an.⁹⁴⁶ Wenn sich dieser aus der positiven Rechtsordnung und ihren Zwecken, Prinzipien und Systemzusammenhängen ergibt, ist einfach danach zu fragen, ob die Rechtsfolge, die die Artikel 15 und 32 KKG vorsehen, gerade die Regelung der Verletzung von Normen über den Konsumkreditvertrag bezwecken oder ob sie auch die Regelung der Verletzung anderer Normen bezwecken. Das ist die Frage danach, ob sich aus diesen Normen eine Bewertung und Abwägung gerade desjenigen Interessenkonfliktes ergibt, der sich auch bei Artikel 8 UWG zeigt. Das wiederum ist nichts anderes als die Frage danach, ob eine Norm überhaupt analog anzuwenden ist. Jedenfalls bei der Analogie muss also neben der Frage, ob eine Norm analog anzuwenden sei, nicht zusätzlich geprüft werden, ob eine *planwidrige* Unvollständigkeit des Gesetzes vorliegt.⁹⁴⁷

507 Als Drittes ist zu prüfen, ob ein qualifiziertes Schweigen vorliegt. Denkbar ist, die Voraussetzung des «qualifizierten Schweigens» als *zwei* Voraussetzungen zu betrachten. Das Gesetz schweigt immer dann, wenn es unvollständig ist; und das ist es nach dem Ausgeführten stets. Qualifiziert ist das Schweigen dann, wenn die durch Auslegung gefundene (stillschweigende) Regel nicht planwidrig, sondern planmässig ist.

944 EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 ZGB N 344 (S. 339).

945 VOGT, Handelsregister, § 1 N 334. Vgl. zur Frage, «wie eng die ins Auge gefasste Regel an die positive Rechtsordnung [muss] angeknüpft werden [können], wie zwingend sie sich aus ihr [ergeben muss]», damit ihr (einstweiliges) Nichtbestehen eine planwidrige Unvollständigkeit (und nicht ein qualifiziertes Schweigen) ist, N 357 ff. Nach BGE 135 III 385 Erw. 2.1 S. 386 liegt eine Lücke erst vor, wenn die gefundene Regel «als sachlich unhaltbar angesehen muss».

946 Man könnte auch vom «Plan des Gesetzgebers» sprechen. Der Gesetzgeber verfügt aber nicht stets über einen «Plan» (vgl. EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 ZGB N 347). Es geht also nicht – dies entspricht der objektiven Auslegung des Gesetzes – um einen Plan, den der Gesetzgeber (möglicherweise) hatte; es geht um den Plan, der sich aus dem Gesetz ergibt. Vgl. auch MEIER-HAYOZ, Materialien, der den «Willen des Gesetzgebers» (aus dem sich der «Plan des Gesetzgebers» ergeben müsste) als «Hilfsvorstellung» bezeichnet.

947 Vgl. CANARIS, Lücken, vor § 140 (S. 148).

Es ist also allein zu prüfen, ob die angenommene Regel – (Nicht-)Bestehen dieser oder jener Regel über die vertragliche Rechtsfolge der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen – planmässig oder planwidrig ist, wobei sich der Plan des Gesetzes namentlich aus der jeweils betrachteten Norm ergibt. Und es entspricht dann dem Plan einer Norm – als Teil des «Plans des Gesetzes» –, dass ihre Rechtsfolge nur gerade für ihren «eigenen» Tatbestand gilt, wenn es dafür ausreichend Gründe gibt. Das wiederum ist dann der Fall, wenn mit der Norm besondere Zwecke verfolgt werden, wenn der Interessenkonflikt ein besonderer ist oder wenn sonstige Gründe bestehen, die die Interessenabwägung in die eine oder andere Richtung «verschieben».⁹⁴⁸

Man kann die Planmässigkeit aber nicht nur «negativ» betrachten (also die Frage stellen, ob Gründe vorliegen, weshalb der Gesetzgeber die Norm, deren analoge Anwendung man prüft, für den weiteren Fall gerade nicht [ausdrücklich] vorgesehen hat). Man kann sie auch «positiv» betrachten: Planmässig ist eine Rechtsregel dann, wenn sie dem Gleichbehandlungsgebot entspricht. Allerdings lässt sich «aus dem formalen Satz, dass Gleiches gleich zu behandeln ist, ... noch nicht entnehmen, was gleich oder ungleich ist. Dies kann sich in diesem Zusammenhang vielmehr nur nach den Wertungen des Gesetzes beurteilen.»⁹⁴⁹ Ob eine Unterscheidung – vorliegend: der

948 Vgl. zu diesen Kriterien der Interessenabwägung HUBMANN, Grundsätze, passim, und HUBMANN, Methode, passim (und im Einzelnen jeweils hinten, wo solche Kriterien relevant sind) und für die Schweiz (kritisch zur Interessenabwägung als Methode der Rechtsfindung) DRUEY, S. 148 («die Interessenabwägung als Instrument der Rechtsfindung gibt es nicht»). Illustrativ VOGT, Handelsregister, § 1 N 213 ff.

949 CANARIS, Lücken, § 63 (S. 71) (Herv. i.O.). Vgl. auch LARENZ/CANARIS, S. 202f. (Herv. i.O.), wonach «[d]ie Tatbestände ... gerade in den für die rechtliche Bewertung massgebenden Hinsichten übereinstimmen [müssen]. Ob das der Fall ist oder nicht, lässt sich nicht allein mit den logischen Kategorien der Identität und der Nichtidentität bestimmen, sondern erfordert zunächst die Offenlegung der für die in der gesetzlichen Regel zum Ausdruck kommende Wertung massgeblichen Hinsichten. Daran hat sich die positive Feststellung zu schliessen, dass der zu beurteilende Sachverhalt dem gesetzlich geregelten in allen diesen Hinsichten gleicht, sowie die negative Feststellung, dass die verbleibenden Unterschiede nicht von solcher Art sind, dass sie die gesetzliche Wertung hier ausschliessen. ... Um zu erkennen, welche Elemente des gesetzlich geregelten Tatbestandes für die gesetzliche Wertung und warum sie für diese bedeutsam sind, bedarf es des Rückgangs auf die Zwecke und den Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, die ratio legis.» Nach HONSELL, BaKomm, Art. 1 ZGB N 13 am Ende, «[muss] der vom Gesetz planwidrig nicht geregelte Fall ... von der ratio legis des Gesetzes ebenfalls erfasst werden». (Ob es planwidrig ist, ... eine notwendige, aber nicht hinreichende Voraussetzung für einen Analogieschluss». Dass gerade nach Unterschieden gesucht werden muss, erwähnt auch HASSOLD, S. 138 (Herv. wegg.) (für die Frage nach dem Recht zur Kündigung aus wichtigem Grund): «Damit steht fest, dass auch beim Bierbezugsvertrag ein Recht zur Kündigung aus wichtigem Grund gegeben ist, wenn hier nicht zusätzliche Faktoren die Rechtsfolge bestimmen.»

Rechtsfolgen der Verletzung von Artikel 8 UWG und der Verletzung von Artikel 15 KKG – planwidrig ist, hängt also davon ab, ob die Situationen *nach den Wertungen des Gesetzes* gleich oder ungleich sind.⁹⁵⁰ Und auch das ist gerade dann nicht der Fall, wenn ausreichende Gründe dafür vorliegen, dass der Gesetzgeber die Norm nur für den ausdrücklich erfassten Fall erlassen hat.

510 Es ist also nach Gründen und Wertungen des Gesetzes zu suchen, nach denen die Artikel 15 KKG und Artikel 8 UWG (oder: die von ihnen erfassten Sachverhalte) ungleich sind. Das ist sicher dann der Fall, wenn es zwischen den von ihnen erfassten Sachverhalten Unterschiede gibt und der Gesetzgeber gerade diese Unterschiede zum Anlass nahm, im KKG eine besondere Rechtsfolge vorzusehen. Ist das der Fall, ist es nicht planwidrig, dass Artikel 15 KKG eine andere Rechtsfolge vorsieht als Artikel 8 UWG (der nach bisheriger Rechtsfindung die Rechtsfolge der Geltung des Zulässigen vorsieht, bei der es dann bleiben würde).

3. Gründe für Artikel 15 KKG

511 Im Folgenden ist zu untersuchen, ob das KKG einen besonderen Interessenkonflikt regelt – also einen anderen als Artikel 8 UWG – oder ob sonst Gründe vorliegen, die die Interessenbewertung und -abwägung beeinflussen, die bei Artikel 8 UWG nicht oder doch weniger stark vorliegen.

a. Valuta-behalten-Dürfen im Allgemeinen

512 Der Konsument hat nach Artikel 15 Absatz 2 KKG «die bereits empfangene oder beanspruchte Kreditsumme bis zum Ablauf der Kreditdauer zurückzahlen»,⁹⁵¹ was gleichzeitig heisst, dass er sie erst dann zurückzahlen muss

950 Vgl. BGE 136 II 427 Erw. 3.5 S. 433 f.: «Der Bundesgesetzgeber hat eine Lockerung der einschlägigen Vorschriften für Verkaufsstellen in Zentren des öffentlichen Verkehrs, [das heisst] für Flughäfen und bestimmte grosse Bahnhöfe, beschlossen (...). Für die nicht unter diese Sonderregelung fallenden Betriebe belies er es bewusst bei der bisherigen Regelung. Dieser Wertungsentscheid kann nicht durch eine geltungszeitliche Auslegung korrigiert werden.» Ob «Flughäfen und bestimmte grosse Bahnhöfe» und (was vorliegend relevant war) Tankstellenshops «gleich» sind (und deshalb gleich zu behandeln sind), ist also dem Entscheid des Gesetzgebers überlassen. Dabei kann «[d]ie Frage, ob für eine rechtliche Unterscheidung ein vernünftiger Grund auszumachen ist, ... zu verschiedenen Zeiten je nach den herrschenden Anschauungen und Zeitverhältnissen ... unterschiedlich beantwortet werden» (BGE 121 I 49 Erw. 3.b S. 51). Allgemein kann man also wohl sagen, dass dem Gesetzgeber ein relativ grosser Ermessensspielraum zukommt für die Frage, was (ausreichend) ungleich ist und deshalb rechtlich ungleich geregelt werden soll.

951 Hat der Kreditgeber im Zeitpunkt, in dem der Konsument die Nichtigkeit geltend macht, die Kreditsumme noch nicht ausgezahlt, muss er diese aber nicht auszahlen (und dem Konsumenten als «Gratkredit» überlassen) (dies «[i]n Anlehnung an Artikel 82 OR») (BOTSCHAFT KKG, S. 3187). Ebenso BARNIKOL, S. 177.

und nicht sofort, wie es Artikel 75 OR grundsätzlich vorsieht (denn die Nichtigkeit eines Vertrages führt grundsätzlich dazu, dass die bereits erbrachten Leistungen rechtsgrundlos sind und zurückerstattet werden müssen [Artikel 62 ff. OR]).⁹⁵² Es handelt sich bei dieser Anordnung von Artikel 15 Absatz 2 KKG also um eine Abweichung von den allgemeinen Regeln.⁹⁵³ Immerhin kann man sich fragen, «in welche Richtung» sie eine Abweichung ist. Geht man von Artikel 62 (namentlich seinem Absatz 2) OR aus, wäre die Kreditsumme (sofort) zurückzuerstatten; die Anordnung von Artikel 15 Absatz 2 OR wäre dann eine Besserstellung des Konsumenten. Allerdings schliesst Artikel 66 OR die Rückforderung dessen aus, «[w]as in der Absicht, einen rechtswidrigen oder unsittlichen Erfolg herbeizuführen, gegeben worden ist». Das Bundesgericht ging davon aus, dass dies die Rückforderung einer Kreditsumme, die unzulässigerweise vereinbart (und ausbezahlt) wurde, ausschliesst.⁹⁵⁴ Verglichen damit ist die Anordnung von Artikel 15 Absatz 2 KKG eine Besserstellung der Kreditgeberin.⁹⁵⁵

952 Zur allgemeinen Rückgabepflicht GIGER, Konsumkredit, Teil II N 652.

953 Das allein spricht weder für noch gegen eine analoge Anwendung. Entspricht es den allgemeinen Regeln, gilt es – vorbehältlich gesetzlicher Abweichungen – für die Frage, für die die analoge Anwendung geprüft wird, ohnehin; entspricht es ihnen nicht, kann es sich um eine Sonderregelung handeln, die eben gerade analog angewendet werden könnte. Um welchen der Fälle es sich handelt, ist aber eben deshalb von Bedeutung, weil im ersten Fall zu begründen wäre, weshalb daraus für Art. 8 UWG nichts gewonnen werden kann – denn grundsätzlich gilt die Regel (mit der nötigen Abstraktion) ja auch dort –, während im zweiten Fall zu begründen wäre, weshalb bei Art. 8 UWG (nicht) der gleiche Sonderfall vorliegt und deshalb die Sonderregel für ihn nicht oder ebenfalls gilt.

954 BGE 102 II 401 Erw. 4 f. S. 409 ff.

955 Gerade das bezweckte Art. 15 Abs. 2 KKG, vgl. RÜEDI, Art. 66 OR N 309. Diese Rechtsprechung wurde aufgegeben (BGE 134 III 438, mit Verweis auf BGE 102 II 401 in Erw. 3.1 S. 444), sodass heute ein Anspruch auf (sofortige) Rückerstattung bestehen würde (vgl. SCHULIN, Art. 66 OR N 4). Verglichen damit ist Art. 15 Abs. 2 KKG eine Schlechterstellung der Kreditgeberin. Die Frage, ob der Ausschluss der Rückforderung auch unter «alter» (das Bundesgericht änderte die Rechtsprechung nicht einmal, sondern mehrmals, vgl. RÜEDI, Art. 66 OR N 262 ff.) Rechtsprechung (also bei einem weiten Verständnis von Art. 66 OR) konsequenterweise hätte zugelassen werden müssen, da nicht die *Valuta*, sondern das *zeitweilige Überlassen der Valuta* die Bereicherung darstelle (vgl. dazu HEIZMANN, Strafe, N 487 ff.), ist hier nicht zu untersuchen. Vgl. zudem RÜEDI, Art. 66 OR N 18: «Wird der Gegenstand bloss zeitweilig überlassen, um einen rechtswidrigen oder unsittlichen Erfolg herbeizuführen, dann beschränkt Art. 66 nur die vorzeitige Rückgabe. Der Bereicherungsschuldner darf den Gegenstand so lange behalten, wie es vorgesehen war; anschliessend hat er ihn herauszugeben»; das entspricht wiederum dem «Gratiskredit». Schränkt man Art. 66 OR auf den «Gaunerlohn» ein, liegt bei Darlehen ein solcher Fall aber gerade nicht vor, denn mit dem Darlehen sollte weder ein rechtswidriger Erfolg bewirkt noch belohnt werden; vgl. dazu RÜEDI, Art. 66 OR N 498. Zu einer weiteren gesetzgeberischen Abweichung von der als verfehlt erachteten Rechtsprechung vgl. BGE 112 II 1.

513 Die Annahme, dass der Gesetzgeber mit Artikel 15 Absatz 2 KKG eine erweiterte Unwirksamkeit als Rechtsfolge der Verletzung der Schranken der Vertragsfreiheit vorsah, stimmt also nur beschränkt. Denn im Zeitpunkt, in dem er Artikel 15 Absatz 2 KKG erliess, ging das Bundesgericht davon aus, dass die Kreditgeberin überhaupt keinen Anspruch habe. Dennoch soll im Folgenden geprüft werden, ob für eine solche Rechtsfolge ein besonderer Grund besteht (was die «Analogiefähigkeit» der Regelung einschränken würde).

514 Wer einen Kredit aufnimmt, wird diesen in aller Regel «verbrauchen», also das Geld für Dienstleistungen oder Güter ausgeben. Im Zeitpunkt, in dem die Nichtigkeit des Vertrages «erkannt» (oder gerichtlich festgestellt) wird, verfügt der Konsument über das Geld also regelmässig gar nicht,⁹⁵⁶ sondern er hat sich darauf eingerichtet, die Darlehensvaluta über die «Laufzeit» zu gleichen Raten (samt Zins) zurückzuzahlen. Soll das KKG den Konsumenten schützen, scheint es nur folgerichtig, dass er – gerade für den Fall, dass der Kreditgeber unrechtmässig handelte, nämlich mit dem Konsumenten einen übermässigen Zins vereinbarte⁹⁵⁷ – auch vor der Situation geschützt wird, entgegen seinen Erwartungen und Dispositionen sofort einer fälligen Schuld über die Darlehensvaluta gegenüberzustehen. Artikel 15 Absatz 2 KKG dient also – selbst als Besserstellung des Konsumenten – gerade dem Ziel des KKG, die Überschuldung zu verhindern.⁹⁵⁸ Ob diese Gründe die strenge Rechtsfolge des Artikels 15 Absatz 2 KKG rechtfertigen, ist hier nicht zu entscheiden; denkbar wäre zum Beispiel eine der Entreicherungsseinrede des Artikels 64 OR

956 Hat er das Geld nicht für Dienstleistungen, sondern für Güter ausgegeben, verfügt er immerhin noch über diese. Diese dürften aber entwertet sein, zudem sind Konsumgüter oft nicht leicht verkäuflich. Der Konsument kann die Darlehensvaluta also auch so nur schwer verfügbar machen. Vgl. BARNIKOL, S. 177, nach dem der Konsument auf «die Kreditsumme ... unter Umständen dringend angewiesen ist», und S. 178, wonach «der Kreditnehmer in eine schwierige finanzielle Lage geraten kann, wenn er die Kreditsumme sofort zurückzahlen müsste.»

957 Da das KKG der Kreditgeberin «Fürsorgepflichten» zugunsten des Konsumenten auferlegt, kann auch ein Vereinbaren – bei dem ja der andere zustimmen muss – als widerrechtlich betrachtet werden.

958 Zu diesem Ziel des KKG vgl. nur dessen Art. 22 (woraus sich im Gegenzug aber wieder ergibt, dass der Gesetzgeber zur Erreichung dieses Ziels die Kreditfähigkeitsprüfung vorgesehen hat). Vgl. zudem TSCHANNEN E., S. 182, nach dem «die Rückzahlung des Konsumkredites im Falle der Nichtigkeit ... eine für den Konsumenten «prohibitive» Wirkung entfalten [würde], weil er den Kredit vorzeitig zurückzuerstatten hätte»; er würde also davor abgeschreckt, die Nichtigkeit geltend zu machen. Das würde dem Schutzzweck des KKG zuwiderlaufen. Es würde auch allgemein eine schlechtere Rechtsdurchsetzung bedeuten, was man soweit möglich verhindern sollte. (Dass, wer das KKG oder seine Sanktionen ablehnt, auch dessen Nichtdurchsetzung begrüsst, ist ohne Bedeutung; es geht hier allein um das «normative Ziel», dass die Rechtsordnung – ob man deren Ausgestaltung nun im Einzelnen begrüsst oder nicht – durchgesetzt werden sollte.)

nachgebildete Regel gewesen, um den Konsumenten vor sofortigen Rückzahlungspflichten zu schützen, die zu seiner Überschuldung führen würden. Es gibt aber dennoch Gründe dafür, dass der Gesetzgeber hier eine besondere Regelung geschaffen hat. Diese Regel lässt sich also nicht allein durch den Zweck eines präventiven «Einwirkens» auf das Verhalten der Kreditgeber erklären, wenn auch das der Hauptgrund für diese Regel sein mag.⁹⁵⁹

b. Valuta-behalten-Dürfen für «hohe Risiken»

Es wurde bereits ausgeführt, dass der angemessene Darlehenszins vom Ausfallrisiko abhängt.⁹⁶⁰ Bei Personen, deren Ausfallrisiko (namentlich wegen ihrer finanziellen Verhältnisse) hoch ist, kann sich also ein Zins über dem Höchstzins rechtfertigen. Indem der Gesetzgeber einen Höchstzins festlegt, verhindert er also, dass solchen Personen überhaupt Kredite erteilt werden.⁹⁶¹ Das führt zwar nicht zwingend zu dieser Rechtsfolgeordnung, doch sind hier auch (individuelle und öffentliche) Interessen betroffen, die bei Artikel 8 UWG nicht regelmässig und nicht in dieser Intensität vorliegend dürfen.⁹⁶² Und derjenige, mit dem ein überhöhter Zins vereinbart wurde,⁹⁶³ ist

959 Vgl. dazu TSCHANNEN E., S. 182 ff.

960 Vorn Fn. 911 und vorn N 515.

961 Vgl. ERLÄUTERUNGEN, S. 2: «Nach der Konzeption des Gesetzgebers bildet der gesetzliche Höchstzins dabei ein Mittel, die Kreditgeberinnen zu einer seriösen Prüfung der Kreditfähigkeit ihrer Vertragspartner zu veranlassen. Je höher das Ausfallrisiko der kreditnehmenden Person von der Kreditgeberin eingeschätzt wird, desto höher fällt die Risikoprämie für die Kreditgeberin, [das heisst] der Darlehenszins, aus. Mit einer Begrenzung des zulässigen Zinssatzes wird so sichergestellt, dass Personen, bei denen die Rückzahlung des Darlehens stark gefährdet ist, keinen Kredit erhalten: Es geht dort auch um Verhinderung der Überschuldung.» Vgl. auch die MEDIENMITTEILUNG KKG: «Ein tieferer Höchstzins führt zudem dazu, dass weniger riskante Kredite vergeben werden.» Ob das aus sozialpolitischer Sicht sinnvoll ist – da der Konsumkredit auch der «Anhebung der Lebenshaltung tieferer sozialer Schichten» dient (GIGER, Konsumkredit, Teil I N 25, aber wiederum N 26) –, ist hier nicht zu entscheiden. Immerhin kann man sich fragen, ob Sozialpolitik durch (ein «grosszügiges») Konsumkreditrecht betrieben werden sollte oder nicht, wenn schon, durch Arbeits-, Miet- und Steuerrecht und sonstige «Daseinsvorsorge».

962 Übermässige Kündigungsfristen oder eingeschränkte Sachmängelhaftungen dürften den Konsumenten regelmässig nicht geradezu in eine Überschuldung bringen.

963 Allerdings gilt die Sanktion des Art. 15 Abs. 2 KKG nicht nur für die Verletzung von Höchstzinsregeln (Art. 14 KKG), sondern auch für weitere Regeln. Bei deren Verletzung sind die hier ausgeführten Gründe ohne Bedeutung. Es soll aber hier auch nicht behauptet werden, das KKG bezwecke nicht Prävention (und setze dazu «überkompensatorische» Mittel ein [zu diesem Begriff hinten N 588 ff.]) (vgl. dazu nur HONSELL, Strafgedanke, S. 331 f.; für einen Strafcharakter von Art. 32 KKG RÜEDI, Art. 66 ORN 189, mit weiteren Hinweisen), sondern nur, dass diese jedenfalls teilweise durch besondere Gründe gerechtfertigt werden können. Darüber hinaus handelt es sich dann möglicherweise einfach um ein «systemwidriges» Gesetz, das deshalb nicht «analogiefähig» sein könnte (dazu hinten Fn. 1008).

ein Konsument, dem das KKG einen Kredit nicht «zumuten» will (da aus sozialpolitischer und auch volkswirtschaftlicher Sicht diese Ausfallrisiken nicht bestehen sollen).⁹⁶⁴ Gerade bei diesen Personen hätte eine Pflicht, die Darlehensvaluta sofort zurückzuzahlen, erhebliche negative Folgen (da sie zur sofortigen Rückzahlung regelmässig nicht in der Lage sein dürften). Auch dies ist also ein Grund, weshalb das KKG von den allgemeinen Regeln abweichende Rechtsfolgen der Verletzung der Schranken der Vertragsfreiheit vorsieht.

c. Zinslosigkeit: Besondere Schutzbedürftigkeit von Konsumkredit-Konsumenten

aa. *Im Allgemeinen*

516 Der Konsument muss weder für die «Zukunft» noch für die «Vergangenheit» Zinsen (und Kosten) zahlen. Auch das ist eine Abweichung von den allgemeinen Regeln. So kann derjenige, «dessen Sache von einem dazu nicht Berechtigten vermietet wird», «Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung oder aus unechter Geschäftsführung ohne Auftrag (Geschäftsanmassung) geltend machen».⁹⁶⁵

517 Eine besondere Begründung – also eine andere als die eines allgemeinen Präventionszwecks – scheint dafür nicht ersichtlich.

518 Immerhin schliessen Konsumkreditverträge wohl regelmässig Personen in eher «prekären» finanziellen Verhältnissen ab. Das KKG schützt also gerade die (sozial und wirtschaftlich) «Schwachen» vor dem Eintreten unerwarteter Zahlungspflichten (und durch «strenge» und [damit] präventiv wirkende Rechtsfolgen auch vor der Überschuldung, die das KKG verhindern will).

964 Vgl. zu diesen Anliegen des KKG BOTSCHAFT KKG, S. 3167: «Entscheidend für die Zulässigkeit eines Konsumkreditvertrags sollen neu die konkreten wirtschaftlichen Verhältnisse derjenigen Konsumentin oder desjenigen Konsumenten sein, die [beziehungsweise] der einen Konsumkredit beantragt. Kredit darf gewährt werden, wenn bei objektiver Würdigung der wirtschaftlichen Verhältnisse die Kreditvergabe verkräftet werden kann»; vgl. auch S. 3168. Und schon S. 3165: «Zu schützen sind dabei namentlich jene Konsumentinnen und Konsumenten, die nicht in der Lage sind, ihre wirtschaftliche Situation richtig einzuschätzen, [beziehungsweise] die nicht der Versuchung widerstehen können, einen für sie ruinösen Konsumkredit zu beanspruchen.» Ob diese doch eher «paternalistische» Ansicht berechtigt ist, ist hier nicht zu prüfen. Sie liegt dem Gesetz zugrunde und ist deshalb für die teleologische Rechtsfindung grundsätzlich verbindlich.

965 BGE 129 III 422, Regest. Vgl. auch BGE 110 II 244, Regest: «Erweist sich ein Auto-Leasing-Vertrag nach seiner Erfüllung im Hinblick auf Art. 226a ff. OR als nichtig, so schuldet der Benutzer des Autos dem Vermieter oder Verkäufer nebst der Rückgabe des Fahrzeugs eine angemessene Entschädigung für die Benutzung oder Vermietung.» Vgl. auch BGE 129 III 320 Erw. 7.2 S. 330, wonach bei Nichtigkeit eines Vertrages für die Vergangenheit dennoch das Vereinbarte geschuldet ist. Das wäre dann wiederum das, was Art. 15 Abs. 4 KKG für nichtige Leasingverträge vorsieht.

Diese Situation liegt bei Artikel 8 UWG zumindest nicht notwendigerweise und wohl auch nicht regelmässig vor. Es kann deshalb berechtigt sein, dass der Gesetzgeber gerade zum Schutz von Kreditnehmern «strenge» Rechtsfolgen, die er im allgemeinen Privatrecht – angesichts gegenläufiger Interessen wie der Vertragsfreiheit und «pacta sunt servanda» – nicht angemessen findet und die er auch nicht allgemein im Konsumentenschutzrecht – das ja nicht nur die sozial oder wirtschaftlich «Schwachen» betrifft – angemessen findet. Eine solche Differenzierung im Schutzniveau – mit entsprechender Differenzierung der Folgen für die Gegenpartei – ist übrigens auch in der Verfassung angelegt.⁹⁶⁶

Soweit Artikel 15 KKG also nur mit Präventionszwecken begründet werden kann – was nach dem Ausgeführten zwar teilweise, aber nicht vollständig der Fall ist –, lässt er sich also wiederum mit einer besonderen Schutzbedürftigkeit von «Konsumkredit-Konsumenten» begründen.⁹⁶⁷ Das spricht ebenfalls gegen eine «Analogiefähigkeit» von Artikel 15 KKG.

bb. Sozialpolitisch

Das Konsumkreditrecht schützt aber nicht nur die Konsumenten, sondern auch öffentliche Interessen. «Die Kreditgeberin kann mit der Situation einzelner überschuldeter Konsumentinnen und Konsumenten durchaus leben, wenn das Konsumkreditgeschäft als Ganzes weiterhin rentabel bleibt. Ganz anders sieht die Sache aus sozialpolitischer Sicht aus. Hier gilt es der Tatsache Rechnung zu tragen, dass finanzielle Engpässe auch eine menschliche,

966 Vgl. Art. 41 Abs. 1 lit. a BV, wonach «Bund und Kantone ... sich ... dafür ein[setzen], dass jede Person an der sozialen Sicherheit teilhat», wozu auch die «Linderung wirtschaftlicher Not (d. h. extremer Armut)» gehört (GÄCHTER/WERDER, Art. 41 BV N 28). Solches könnte sich auch aus der Präambel der BV ergeben, nach der «die Stärke des Volkes sich misst am Wohl der Schwachen»; zur (möglicherweise doch immerhin) «beschränkte[n] normative[n] Kraft» der Präambel «als Auslegungshilfe» siehe BELSER, BaKomm, Präambel BV N 12. Und auf Ebene des Gesetzes vgl. Art. 73 Abs. 2 OR, der gerade für das «Zinswesen» den Kantonen «Bestimmungen gegen Missbräuche» erlaubt (wobei allerdings im «Anwendungsbereich» des KKG nunmehr eine abschliessende Regelung besteht, vgl. Art. 38 KKG). Für Konsumenten allgemein – wobei diesbezüglich eine Differenzierung zwischen dem KKG und Art. 8 UWG jedenfalls nicht schon in der Verfassung «vorgezeichnet» wäre – kann man aus Art. 97 BV eine (Pflicht zur) Differenzierung gegenüber dem allgemeinen Privatrecht ableiten.

967 Vgl. dazu KRAMER, Vertragsinhaltskontrolle, S. 318, wonach es, «um eine spezifische Inhaltskontrolle zu rechtfertigen, neben der personalen Voraussetzung eines Verbrauchergeschäfts zusätzlicher Gründe, wie das Vorliegen einer spezifischen, auf bestimmte Vertragstypen bezogenen Gefährdungslage» bedürfe, wie sie beim Konsumkreditvertrag vorliege. Dass der Gesetzgeber sich mit Art. 8 UWG entschieden hat, eine solche Kontrolle auch allgemein aufzustellen, ändert an dieser Besonderheit des Konsumkredit(recht)s nichts.

monetär nicht messbare Härte bedeuten. Diese betrifft nicht nur die überschuldete Konsumentin und den überschuldeten Konsumenten, sondern häufig weitere Personen, namentlich ihre [beziehungsweise] seine Familie, und den Staat. Letzterer sieht wegen überschuldeter Haushalte seinen Vollstreckungsapparat und seine Sozialdienste zusätzlich beansprucht. Gleichzeitig zeigt die Erfahrung, dass die Konsumentinnen und Konsumenten ihren Verpflichtungen aus Konsumkreditverträgen möglichst lange nachkommen; dafür werden Steuern und Abgaben für staatliche Leistungen nicht mehr bezahlt.»⁹⁶⁸ Auch deshalb mögen im KKG Verletzungsrechtsfolgen angemessen sein (also vom Gesetzgeber als angemessen erachtet werden), die weder im allgemeinen Privatrecht noch im (sonstigen) Konsumenten(schutz)recht angemessen scheinen. Denn die Verletzung von Art. 8 UWG führt nicht (regelmässig) geradezu zur Überschuldung des Konsumenten mit den vom Bundesrat befürchteten Folgen.

d. Wertverlust bei Leasingvertrag

521 Nach Artikel 15 Absatz 4 muss der Leasingnehmer die Leasing Sache sofort zurückgeben und schuldet bis dahin die (vereinbarten) Leasingraten. Dennoch ist der Konsument besser gestellt, als er es bei Abschluss eines Vertrages mit zulässigen Zinsen wäre, da ein «nicht abgedeckter Wertverlust ... zu Lasten der Leasinggeberin [geht]». Die Gründe, die für diese Rechtsfolge vorgebracht werden können, sind die gleichen wie beim Kredit. Der Leasingnehmer hat sich auf eine bestimmte Höhe der Leasingraten eingestellt; muss er nun plötzlich mehr bezahlen, kann ihn das in «Bedrängnis» bringen, obwohl das KKG gerade ihn schützen will; das wiederum kann «prohibitiv» wirken.⁹⁶⁹

522 Zudem relativiert die Tatsache, dass der Gesetzgeber für eng verwandte Probleme (Kredit einerseits, Leasing andererseits) unterschiedliche Rechtsfolgen vorsieht, ebenfalls die «Analogiefähigkeit» von Artikel 15 KKG. Einerseits ergibt sich daraus erneut, dass es sich um eine besondere Regelung gerade für besondere Situationen handelt. Andererseits zeigt es, dass es nicht Ausdruck einer allgemeinen Regel ist, da keine unterschiedlichen Ergebnisse

968 BOTSCHAFT KKG, S. 3168.

969 Die geschuldete Entschädigung bei vorzeitigem Rücktritt (Art. 17 Abs. 3 KKG) kann die gleiche prohibitive Wirkung haben. Die prohibitive Wirkung führt hier aber nicht zur Nichtdurchsetzung des Rechts (nämlich der Nichtigkeit des Leasingvertrages und deren Rechtsfolgen), sondern zur Nichtausübung des Rechts auf vorzeitige Rückgabe. Dabei handelt es sich einfach um ein Gestaltungsrecht, bei dem der Leasingnehmer die Vor- und Nachteile abwägen muss, die mit dessen Ausübung einhergehen. Zudem hat der Leasinggeber hier – anders als bei Art. 15 KKG – nichts «falsch» gemacht, sodass seine Belastung mit einem «Wertverlust» auch nicht gerechtfertigt werden kann.

(aus der Anwendung dieser allgemeinen Regel) zu erwarten wären;⁹⁷⁰ und es spricht auch gegen die Annahme, dass der Gesetzgeber eine allgemeine Regel gerade erst erlassen wollte, denn auch dafür wären gleiche, nicht unterschiedliche Rechtsfolgen nötig gewesen.

II. Analogie aus Artikel 32 KKG

1. Inhalt von Artikel 32 KKG

«Verstösst die Kreditgeberin in schwerwiegender Weise gegen Artikel 28, 29, 30 oder 31,⁹⁷¹ so verliert sie die von ihr gewährte Kreditsumme samt Zinsen und Kosten. Die Konsumentin oder der Konsument kann bereits erbrachte Leistungen nach den Regeln über die ungerechtfertigte Bereicherung zurückfordern. Verstösst die Kreditgeberin gegen Artikel 25, 26 oder 27 Absatz 1⁹⁷² oder in geringfügiger Weise gegen Artikel 28, 29, 30 oder 31, so verliert sie nur die Zinsen und die Kosten.»⁹⁷³ 523

Die Artikel 28-31 KKG, deren Verletzung den Verlust der Kreditsumme nach sich ziehen kann, enthalten Regeln über die Kreditfähigkeit und deren Prüfung.⁹⁷⁴ Die Artikel 25, 26 und 27 Absatz 1 KKG, deren Verletzung (wie ein Verstoss «in geringfügiger Weise» gegen die Artikel 28-31 KKG) lediglich den Verlust von Zinsen und Kosten nach sich zieht, enthalten Meldepflichten der Kreditgeberin – bei Kreditgewährung⁹⁷⁵ und wenn mehr als 10% des Kredits ausstehen⁹⁷⁶ –, Meldepflichten bei Leasing⁹⁷⁷ und wenn bei Kredit- und Kundenkartenkonti «dreimal hintereinander von der Kreditoption Gebrauch gemacht» wird.⁹⁷⁸ 524

970 Abstrahiert man diese allgemeine Regel ausreichend, nämlich zu einer Regel, dass der Gesetzgeber (jedenfalls im Konsumenten[schutz]recht) Prävention auch durch «überkompensatorische» Rechtsfolgen anstrebt (dazu hinten N 588), können zwar Art. 15 Abs. 2 und 4 KKG beide als Ausdruck derselben Regel verstanden werden. Auch das erklärt aber nicht die unterschiedlichen Ergebnisse aus der Anwendung dieser Regel.

971 «Prüfung der Kreditfähigkeit» (Art. 28 KKG), «Prüfung der Kreditfähigkeit des Leasingnehmers» (Art. 29 KKG), «Prüfung der Kreditfähigkeit bei Kredit- und Kundenkartenkonti» (Art. 30 KKG), «Bedeutung der Angabe der Konsumentin oder des Konsumenten» (Art. 31 KKG).

972 «Meldepflicht» (Art. 25 KKG), «Meldepflicht bei Leasing» (Art. 26 KKG), «Meldepflicht bei Kredit- und Kundenkartenkonti» (Art. 27 KKG).

973 Art. 32 Abs. 1 und 2 KKG.

974 Die Sachüberschrift zum Beispiel des Art. 28 KKG lautet nur «Prüfung der Kreditfähigkeit», seine Absätze 2-4 enthalten jedoch auch Regeln darüber, wann die Kreditfähigkeit vorliegt.

975 Art. 25 Abs. 1 KKG.

976 Art. 25 Abs. 2 KKG.

977 Art. 26 KKG.

978 Art. 27 Abs. 1 KKG.

2. Gründe für Artikel 32 KKG

525 Es geht bei Artikel 32 KKG nicht um Verletzungen der Schranken der Vertragsfreiheit, sondern um die Verletzung von anderen Bestimmungen, die dem Schutzzweck des KKG dienen sollen. Dafür sind besondere Gründe – abgesehen erneut von einer besonderen Schutzbedürftigkeit des «Konsumkredit-Konsumenten»⁹⁷⁹ – kaum ersichtlich. Immerhin dient die Kreditfähigkeitsprüfung⁹⁸⁰ – wie der Höchstzins⁹⁸¹ – dazu, die Überschuldung zu verhindern (und dies namentlich dadurch, dass Kredite nicht an Personen mit hohem Ausfallrisiko gewährt werden).⁹⁸² Wird die Kreditfähigkeitsprüfung nicht durchgeführt, könnte es sich um einen solchen Konsumenten handeln; und wird sie zwar durchgeführt, aber ihr Resultat – die Nicht-Kreditfähigkeit des Konsumenten – nicht beachtet, handelt es sich stets um einen solchen Konsumenten. Es handelt sich also um Fälle der besonderen Schutzwürdigkeit.

526 Im Falle von nicht kreditfähigen Kunden kommt noch dazu, dass allein der Ganzwegfall der Rückzahlungspflicht mit dem Schutzzweck des KKG vereinbar ist. Der Gesetzgeber geht davon aus, dass gewissen Personen kein Kredit gewährt werden darf, da sie nicht in der Lage sind, die damit verbundenen rechtlichen und finanziellen Folgen abzuschätzen.⁹⁸³ Diese wären dann auch durch eine Pflicht, den Kredit «bis zum Ablauf der Kreditdauer zurückzuzahlen»,⁹⁸⁴ finanziell überfordert und könnten in eine Überschuldung geraten, die das KKG gerade verhindern will.

III. Grenzen der Analogie (Artikel 15 und 32 KKG als systemwidrige Normen)

1. Ausgangslage

527 Vorn wurde auf die Voraussetzungen der Analogie hingewiesen. Da es sich bei der Analogie um Lückenfüllung handelt, ist eine dieser Voraussetzungen das Vorliegen einer Lücke.⁹⁸⁵ Es wurde dabei ausgeführt, dass es am Ende

979 Wobei diese «Schutzbedürftigkeit» sich auch aus öffentlichen Interessen ergibt (vorn N 520).

980 Art. 22 ff. KKG.

981 Zu diesem Zweck der Höchstzinsregeln vorn Fn. 961.

982 Nach HEIZMANN, Strafe, N 483, soll Art. 32 KKG bewirken, dass die Kreditfähigkeit wirklich geprüft wird. Diese stehe im Dienste der Überschuldungsprävention (HEIZMANN, Strafe, N 471).

983 Vgl. dazu vorn Fn. 964.

984 Art. 15 Abs. 2 KKG.

985 Vorn N 503 ff.

auf die Frage ankommt, ob es systemkonform ist, dass die Norm, deren analoge Anwendung man prüft, nicht für die untersuchte Rechtsfrage – hier: die vertragliche Rechtsfolge der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen – erlassen wurde.⁹⁸⁶

Es hat sich gezeigt, dass es der Gesetzgeber weitgehend in der Hand hat, zu entscheiden, was er als systemkonform erachtet, was der «Plan des Gesetzes» sein soll; das drückt er dadurch aus, dass er darüber entscheidet, welche Unterschiede zwischen zu regelnden Interessenkonflikten er als rechtserheblich erachtet, was wiederum rechtfertigt, für diese jeweils unterschiedliche Rechtsfolgen vorzusehen, worauf er dann unterschiedliche Rechtsfolgen anordnet. Für die Artikel 15 und 32 KKG hat sich gezeigt, dass Interessenkonflikte vorliegen, die bei Artikel 8 UWG nicht oder doch weniger stark vorliegen, und dass mit den Artikeln 15 und 32 KKG Zwecke verfolgt werden sollen, die bei Artikel 8 UWG jedenfalls nicht zentral sind.⁹⁸⁷ Es gibt also gute Gründe für die Annahme, dass mit den Artikeln 15 und 32 KKG gerade die *für das KKG* einschlägigen Interessenkonflikte «gelöst» und die dem KKG beigelegten Zwecke verfolgt werden sollten; dass mit den Artikeln 15 und 32 KKG also nicht ein allgemein (und, was hier interessiert: auch für Artikel 8 UWG) gültiges System oder Prinzip ausgedrückt oder geschaffen werden sollte.

Dazu kommt, dass der Gesetzgeber durch das Erfordernis der Systemkonformität nur beschränkt verpflichtet wird, was wiederum zur Folge hat, dass Artikel 8 UWG nicht zwingend so auszulegen ist, dass er verglichen mit den Artikeln 15 und 32 KKG systemkonform ist (wobei ohnehin nicht diese allein ein System oder Prinzip begründen können). Das muss jedenfalls für die Schweiz gelten. Gemäss Artikel 190 BV «[sind] Bundesgesetze ... für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend». Auch wenn es sich aus dessen Wortlaut nicht ganz klar ergibt, heisst das, dass «es dem Bundesgericht verwehrt ist, verfassungswidrigen Bundesgesetzen ... die Anwendung zu versagen».⁹⁸⁸

986 Vorn N 527 ff.

987 Vorn N 511 ff. (für Art. 15 KKG) und vorn N 525 f. (für Art. 32 KKG).

988 EPINEY, Art. 190 BV N 2. Das Bundesgericht geht aber davon aus, dass ihm Art. 190 BV nicht verbietet, zu prüfen, ob ein Bundesgesetz verfassungsmässig ist (N 35); im Ergebnis heisst das auch, dass das Bundesgericht davon ausgeht, dass es nicht der Gesetzgeber ist, der über die Verfassungsmässigkeit seiner Gesetze entscheidet (indem er sie erlässt), sondern das Bundesgericht (vgl. dazu N 36; so auch FORSTMOSER/VOGT, § 7 N 24, nach denen «der Bundesgesetzgeber ... kein Gesetz erlassen [darf], das der Verfassung widerspricht», es also nicht allein aufgrund seines Erlasses und kraft der diesbezüglichen Ansicht des Parlamentes verfassungsmässig ist). Die Annahme, dass das Bundesgericht besser als das Parlament «weiss», ob ein Bundesgesetz verfassungsmässig ist, scheint aber nicht zwingend; vgl. dazu und zu weiteren Argumenten für

530 Ergibt sich das Erfordernis der Systemkonformität aus Artikel 8 Absatz 1 BV,⁹⁸⁹ gilt auch dies bezüglich Artikel 190 BV. Die «rechtsanwendenden Behörden» dürfen ein Bundesgesetz also nicht wegen Verstosses gegen Artikel 8 BV nicht anwenden oder darin festgestellte Lücken deshalb durch Analogie füllen, weil andernfalls das Gleichbehandlungsgebot verletzt wäre.⁹⁹⁰ Ergeben sich das Gleichbehandlungsgebot und das Gebot der Systemkonformität hingegen nicht aus der Verfassung – sondern nur aus dem Gesetz⁹⁹¹ –, so unterliegen sie erst recht (und auch ohne Artikel 190 BV) der Einschränkung durch das Gesetz selber.

531 Es ist also zu untersuchen, ob die Annahme, die vertragliche Rechtsfolge der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen richte sich (analog) nach Artikel 15 oder 32 KKG, Artikel 190 BV verletzt.⁹⁹² Das ist dann der Fall, wenn die Artikel 15 und 32 KKG systemwidrig sind (oder, verglichen mit diesen, die Annahme einer Geltung des Zulässigen als Rechtsfolge der Verwendung

und wider eine Verfassungsgerichtsbarkeit FORSTMOSER/VOGT, § 7 N 31 ff. Vgl. für einen besonderen Fall BGE 136 I 65, in dem das Bundesgericht die Verfassungswidrigkeit von kantonalem Steuerrecht für die Jahre 2004 und 2005 feststellte, sich für die weiteren Jahre aber durch Artikel 190 BV – den es auch auf kantonales Recht erstreckt, das lediglich Bundesgesetze umsetzt, hier das StHG – gebunden sah. Wäre es der Gesetzgeber, der über die Verfassungsmässigkeit von Bundesgesetzen entscheidet, liesse sich eine solche (zeitliche) Differenzierung nicht erklären.

989 Vgl. vorn N 260, vorn N 360, vorn N 509 und vorn Fn. 64.

990 Vgl. dazu (ohne ausdrückliche Erwähnung des Gleichbehandlungsgebots) BGE 105 V 44 Erw. 2 S. 46 und Erw. 3 S. 47 f.: «Es muss daher davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber die bestehenden Unebenheiten zwischen Beitragspflicht und Anspruchsberechtigung bewusst in Kauf genommen hat. ... Im übrigen ist es dem Richter verwehrt, Bundesgesetze und allgemein verbindliche Bundesbeschlüsse auf Übereinstimmung mit der Verfassung zu prüfen (...). Zu mehr als einer möglichst verfassungskonformen Auslegung des Gesetzes besteht kein Raum. Dabei kann auch dem Grundsatz der Rechtsgleichheit nur Rechnung getragen werden, soweit Wortlaut und Sinn einer Bestimmung es zulassen.» Vgl. auch JAUN, S. 148 f.: Prinzipien und Wertungen der Verfassung können ein Abweichen vom Wortlaut nicht rechtfertigen. Vgl. für das deutsche Recht CANARIS, Systemdenken, S. 101 Fn. 53 am Ende und S. 125.

991 Entschieden gegen die Anwendung des *verfassungsrechtlichen* Gleichheitsgrundsatzes im Privatrecht BYDLINSKI, Privatautonomie, S. 133 (bei Fn. 268). Das muss aber nicht zwingend gegen den Gleichheitssatz als Grundlage für die Analogie sprechen, sondern kann einfach gegen eine (noch) weitergehende Gleichbehandlung der Privatrechtssubjekte sprechen; für das schweizerische Recht vgl. dazu aber Art. 36 Abs. 4 BV. Vgl. auch LANGHEIN, S. 153 (mit Verweis auf von Tuhr), der auf eine «uns innewohnende Vorstellung der Rechtsordnung als eines harmonischen Ganzen» verweist, und S. 140, also die Analogie auch nicht aus der Verfassung ableitet, sondern eher aus dem Willen des Gesetzgebers, ein «harmonisches Ganzes» zu erlassen.

992 Vgl. allerdings BIAGGINI, S. 428 (Herv. wegg.): «Art. 113 Abs. 3 BV[-1874, entspricht Art. 190 BV] errichtet dementsprechend nach herrschender Auffassung keine zusätzliche Schranke für die richterliche Rechtsfortbildung.» Immerhin sei «praktische Konkordanz» zwischen Art. 113 BV-1874 und den Verfassungsgeboten, die die Nichtbeachtung fordern, herzustellen (S. 432 f.); vgl. auch S. 436 ff.

missbräuchlicher Geschäftsbedingungen systemwidrig wäre). Denn der Gesetzgeber hat es (aufgrund von Artikel 190 BV) in der Hand, systemwidrige Normen zu schaffen, die dann auch anzuwenden sind.

2. Vorliegen systemwidriger Normen?

Es fragt sich, wie systemwidrige und systemkonforme (oder -bildende) Normen unterschieden werden können. Schmidt K. führt aus: «Wo der Gesetzgeber ein vollkommen angelegtes Prinzip in unvollkommene Normen gegossen hat, kann die Anwendungspraxis zu rechtsfortbildender Korrektur aufgerufen sein. Völlig anders verhält es sich, wo der Gesetzgeber ... politische Kompromissentscheidungen getroffen hat. Hier ist die Rechtsprechung zwar zur harmonisierenden Einpassung der Bestimmungen in das Rechtssystem, nicht aber zur Überschreitung der gesetzgeberischen Kompromissentscheidung berufen.»⁹⁹³

Man kann also danach unterscheiden, ob es sich um «politische Kompromissentscheidungen» handelt oder um ein «vollkommen angelegtes Prinzip»; ein Prinzip wiederum dient allgemein und auf abstrakter Ebene – wie eben das Gesetz allgemein – dem Interessenausgleich. Dazu führt Schlupe aus: «Nicht selten handelt es sich statt des Interessenausgleichs um einen unklaren Kompromiss.»⁹⁹⁴ Man kann also unterscheiden zwischen «Interessenausgleich» einerseits, der Ausdruck oder Grundlage eines «vollkommen angelegte[n] Prinzip[s]» sein kann, und unklaren Kompromissen andererseits.⁹⁹⁵ Nimmt man das zum Massstab, so handelt es sich beim KKG weniger um den Ausdruck eines Prinzips, sondern eher um eine Kompromissentscheidung.⁹⁹⁶

Aufgrund der dargestellten Unstimmigkeiten zwischen den Rechtsfolgen, die Artikel 15 Absatz 2 KKG für Kredite und sein Absatz 4 für Leasingverträge vorsehen, kann man sogar von einem *unklaren* Kompromiss sprechen. Das spricht gegen die Annahme, die Artikel 15 und 32 KKG als Grundlagen oder Ausdruck eines Prinzips – nach dem das Privatrecht Prävention bezwecken und dazu überkompensatorische Rechtsfolgen vorsehen soll⁹⁹⁷ – zu betrachten.

993 SCHMIDT K., S. 70.

994 SCHLUEP, Rechtstheorie, N 1409.

995 Allerdings ist wiederum jeder Interessenausgleich ein Kompromiss zwischen den Interessen und, was die Gesetzgebung angeht, zwischen Überzeugungen, die das eine oder das andere Interesse als (ge-)wichtiger einschätzen. Entscheidend ist aber wohl, dass es sich um einen *unklaren* Kompromiss handelt, also einen solchen, der nicht auf der Auseinandersetzung mit Prinzipien basiert.

996 Vgl. BARNIKOL, S. 174; vgl. auch PROBST, SHK, Art. 8 UWG N 279 am Ende.

997 Dazu hinten N 540 ff.

535 Giger weist auf das «Fehlen eines rechtstheoretisch durchdachten Sanktionensystems» hin,⁹⁹⁸ weiter darauf, dass «diverse Ausmarchungen» stattgefunden hätten.⁹⁹⁹ Auch aus weiteren Hinweisen¹⁰⁰⁰ ergibt sich, dass es im Parlament weniger um eine «prinzipiell-systematische» Rechts*findung*¹⁰⁰¹ ging und um Auseinandersetzung mit solchen Prinzipien – die Frage, ob ein Prinzip überhaupt verletzt werde; die Frage, ob und wieweit man das aufgrund gegenläufiger Interessen als berechtigt erachtet –, sondern einfach darum, dass jede politische «Seite» das (aus ihrer Sicht) Bestmögliche «herausholen» wollte. Zwar betreibt der Gesetzgeber nicht Rechtsfindung, sondern *schafft* das Recht; sollen sich aus seinen Gesetzen aber Prinzipien ergeben, muss man wohl fordern, dass er sich mit bestehenden Prinzipien (die man zunächst aufgrund der bestehenden Rechtsordnung *finden* muss) oder wünschenswerten Prinzipien auseinandersetzt. Damit soll im Übrigen nicht gesagt sein, dass der Gesetzgeber an Prinzipien – die er ja selber geschaffen hat, da sie sich aus dem gesetzten Recht ergeben¹⁰⁰² – gebunden ist.¹⁰⁰³ Dass er sie ändern

998 GIGER, Konsumkredit, Teil II N 635.

999 GIGER, Konsumkredit, Teil II N 647.

1000 GIGER, Konsumkredit, Teil II N 658.

1001 Vgl. zu diesem Erfordernis für die Rechts*anwendung* BGE 123 III 292 Erw. 2.e.aa S. 297. Für die Rechts*setzung* sogleich und hinten Fn. 1003.

1002 Anschaulich REY, N 270: «Prinzipien des Sachenrechts sind jene allgemeinen Rechtsgrundsätze, die sich aus mehreren im Vierten Teil des ZGB enthaltenen Rechtsnormen oder Rechtsinstituten durch Abstraktion ableiten lassen.» Vgl. auch EMMENEGGER/TSCHECHTSCHER, Art. 1 ZGB N 388, nach denen das Kausalprinzip im Sachenrecht «von einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung für Immobilien in Artikel 974 Absatz 2 ZGB» abgeleitet wurde (und dann in BGE 55 II 302 Erw. 2 S. 306 ff. zu einem auch für Mobilien geltenden Prinzip wurde). Vgl. auch FORSTMOSER/VOGT, § 16 N 85, mit dem Beispiel, dass «[a]us einzelnen Regeln des Pfandrechts ... etwa allgemeine Regeln hergeleitet werden [können], wie namentlich das Faustpfandprinzip», und ihrer «Mahnung», dass es jedenfalls bei solchen «[a]llgemeine[n] Prinzipien», die «in Rechtssprichwörtern geronnen» sind (N 90, Herv. wegg.), gefährlich sei, aus ihnen Schlüsse zu ziehen, die «nicht in konkrete Rechtsnormen Eingang gefunden haben». Vgl. allerdings LARENZ/CANARIS, S. 302, die auch noch auf rechtsethische Prinzipien hinweisen, «die vermöge ihrer eigenen Überzeugungskraft rechtliche Entscheidungen zu rechtfertigen vermögen»; vgl. auch CANARIS, Systemdenken, S. 70; dazu auch FORSTMOSER/VOGT, § 16 N 88, ohne dass sie die erwähnten «überpositive[n] Bewertungsmaßstäbe» von aus dem positiven Recht zu gewinnenden Prinzipien oder Rechtsgrundsätzen abgrenzen. Solche stehen hier aber nicht infrage (oder jedenfalls bestehen positive Regeln, die die Heranziehung solcher Prinzipien überflüssig [und grundsätzlich wohl auch unzulässig] machen).

1003 Vgl. dazu MEIER-HAYOZ, BeKomm, Art. 1 ZGB N 411: «Der Gesetzgeber (soweit er seinen Normen überhaupt solche Prinzipien bewusst zugrunde legt, was eher selten ist) und der Richter haben derartige Prinzipien bei ihrer Rechtsfindung stets kritisch zu würdigen.»

wollte – und darauf liefe die Annahme, Artikel 15 und 32 KKG seien allgemeine Regeln über die Rechtsfolgen der Verletzung der Schranken der Vertragsfreiheit (oder jedenfalls solcher Schranken, die dem Konsumentenschutz dienen sollen), hinaus –, kann man aber wohl nur annehmen, wenn er sich mit ihnen auseinandersetzte.

Dieses Erfordernis verträgt sich sodann auch mit den «herkömmlichen» 536 Rechtsfindungselementen (um nicht zu sagen: es ergibt sich sogar aus ihnen). Eines der Rechtsfindungselemente ist der Wille des Gesetzgebers. Setzte sich der Gesetzgeber nicht mit bestehenden oder zu erlassenden Prinzipien auseinander, hatte er wohl auch nicht den Willen, ein solches zu schaffen oder ein bestehendes zu ändern. Vielmehr war sein Wille nur, besondere Regeln gerade für besondere Fälle zu schaffen. Es lässt sich auch mit Blick auf die parlamentarische Willensbildung rechtfertigen, solchen Gesetzen nur einen eingeschränkten Anwendungsbereich – wie er sich eben aus ihrem Wortlaut ergibt – einzuräumen: Hätte der Gesetzgeber eine Regel erlassen, die allgemein für das Privat- oder immerhin das Konsumenten(schutz)recht präventive Zwecke und überkompensatorische Rechtsfolgen vorsieht – statt nur in Bereichen, in denen dafür eben mehr oder weniger gute Gründe bestehen –, wäre die «Opposition» im Parlament möglicherweise grösser gewesen, als sie bei einer Kompromisslösung gewesen ist, die zwar «strenge» Regeln vorsieht, ihnen aber nur einen relativ kleinen Anwendungsbereich gibt.¹⁰⁰⁴ Diese Überlegung wiederum läuft auf ein weiteres Rechtsfindungselement – oder eine Rechtsfindungsregel – hinaus, nämlich die Wortlautgrenze (bei der Auslegung: die Grenze des klaren Wortlauts).¹⁰⁰⁵ Der Gesetzgeber erliess das Gesetz gerade für die Fälle, die er in den Normen über die normative Zuständigkeit der Regeln (hier: Artikel 1, 7 und 8 KKG) vorsah. Der klare Wortlaut spricht dagegen, die Regeln auch auf andere Fälle anzuwenden. Vielmehr wollte der Gesetzgeber – wie er es mit dem Wortlaut des Gesetzes ausdrückt – gerade Regeln nur für einen Ausschnitt der Rechtsordnung schaffen (das kann man dann als «qualifiziertes Schweigen» bezeichnen, das sich daraus ergibt, dass der Gesetzgeber eben «abgesteckt» hat, wieweit das «System» geht, innerhalb dessen er Systemkompatibilität will).

Nicht jede Norm ist also Ausdruck oder Grundlage eines Prinzips; stimmt 537 eine Norm nicht mit den Prinzipien ihres Rechtsgebietes überein, ist sie also

1004 Damit soll im Übrigen auch nicht gesagt sein, dass «Kompromisslösungen» abzulehnen sind; im Gegenteil ist «[d]ie Lösung der Konflikte durch Kompromiss ... die wichtigste Aufgabe des Parlaments» (KLEY, S. 1381). HEISS, Art. 8 UWG N 95 ff., bezeichnet immerhin die Einschränkung des Art. 8 UWG auf Konsumenten als Kompromiss.

1005 Zur Grenze des Wortlauts für die Auslegung vorn N 62 ff.; zur Bedeutung des klaren Wortlauts innerhalb der Auslegung vorn N 99 ff.

systemwidrig.¹⁰⁰⁶ Nach dem Ausgeführten sind die Artikel 15 und 32 KKG solche Normen.¹⁰⁰⁷ Zwar sind nach Artikel 190 BV auch systemfremde Normen anzuwenden. Doch können sie ihrerseits nicht Grundlage eines Prinzips sein und jedenfalls nur innerhalb des vom Gesetzgeber dafür ausgewählten «Sub-Systems». ¹⁰⁰⁸ Vorn wurde zudem ausgeführt, dass Gründe dafür vorliegen, mit den Artikeln 15 und 32 KKG für das Konsumkreditrecht besondere Regeln zu schaffen, die mit dem sonstigen System des Privatrechts und auch des Konsumenten(schutz)rechts nicht übereinstimmen. Es handelt sich also um

1006 Etwas Drittes – ausser Systemgerechtigkeit oder Systemwidrigkeit – dürfte es nicht geben. Dabei hängt es wie gezeigt davon ab, wie man ein System abgrenzt, innerhalb dessen eine Norm dann systemgerecht oder -widrig sein kann. Der Gesetzgeber hat es aber in der Hand, ein «Subsystem» «Konsumkreditrecht» zu schaffen, womit dessen Normen dann nur innerhalb dieses Systems überhaupt systemkonform sein können (und auch sein sollen). Zum Verhältnis zwischen System und Prinzip (das eine umfasst das andere) vgl. BYDLINSKI, System, S. 46 ff., der seine Systembildung auf die «Prinzipiensichten» beschränkt. Auf diese Unterscheidung kommt es hier aber nicht an. Vgl. auch KRAMER, Methodenlehre, S. 102f.; VOGT, Sonderzivilrecht, S. 239.

1007 Vgl. auch GIGER, Rechtsfolgen, S. 129, der den früheren Art. 226d Abs. 3 OR, der Art. 15 KKG ähnelt, als systemwidrig bezeichnet. Dieser lautete: «Leistet der Verkäufer, ohne die volle gesetzliche Mindestanzahlung erhalten zu haben, so verliert er den Anspruch auf den nicht geleisteten Teil derselben. Jede Abrede, wonach Teilzahlungen erst nach Ablauf der gesetzlichen Höchstdauer des Vertrages zu leisten sind, ist ungültig, es sei denn, sie erfolge, weil sich die wirtschaftliche Lage des Käufers seit Vertragsabschluss wesentlich zu dessen Ungunsten verändert hat.» (Nachweise zu dessen Erlass und Aufhebung bei Art. 226a-226d OR.) Vgl. auch BARNIKOL, S. 154, nach dem es sich «bei den Sanktionsnormen des KKG um einen besonderen, atypischen Fall» handle, vgl. auch S. 156 («systemfremde [nsellösungen]»).

1008 Vgl. BGE 128 III 370: «Gemäss Art. 185 Abs. 1 OR gehen Nutzen und Gefahr der Sache mit dem Abschluss des Vertrags auf den Erwerber über, sofern nicht besondere Verhältnisse oder Verabredungen eine Ausnahme begründen (periculum est emptoris). ... Diese Lösung lässt sich in mehrfacher Hinsicht schlecht mit den allgemeinen Grundsätzen des schweizerischen Obligationenrechts vereinbaren. Sowohl die Rechtsprechung als auch die Lehre befürworten folglich eine restriktive Anwendung der Regel und eine extensive Auslegung ihrer Ausnahmen (...). Dem Gesetz ist jedoch Beachtung zu schenken. Ist eine restriktive Anwendung zulässig, so ist freilich dafür zu sorgen, dass sich die Ausnahmen nicht dem allgemeinen Grundsatz widersetzen» (zitiert nach Die Praxis 2002 Nr. 190). Vgl. zu solchen Normen auch CANARIS, Systemdenken, S. 131 f. Vgl. auch KRAMER, Methodenlehre, S. 224 ff., der auf die Regel verweist, dass Ausnahmen nicht ausdehnend auszulegen sind, und sie immerhin in diesem Zusammenhang befürwortet (Fn. 710). Nach BYDLINSKI, Methodenlehre, S. 440 (Herv. i.O.), sind «[n]ur verfehlte Ausnahmeregeln, die eine sachliche und nicht begründbare Verschiedenbehandlung gleichliegender Fälle mit sich bringen, ... so eng wie möglich zu deuten und erst recht ohne Erweiterung durch Analogie anzuwenden». Vgl. auch LANGHEIN, S. 145 (mit Verweis auf Enneccerus/Nipperdey), wonach «singuläre Rechtssätze, das sind solche, die ein allgemeines Rechtsprinzip für besonders geartete Fälle durchbrechen», nicht zu analoger Anwendung geeignet [sind], «da sie das höhere Prinzip nicht aufheben, sondern für besonders geartete Fälle durchbrechen wollen». Kritisch zu einer allgemeinen Regel, wonach Ausnahmen eng auszulegen seien, FORSTMOSER/VOGT, § 19 N 135 und N 144 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung.

Normen, die lediglich ein System für einen (kleinen) Teilbereich des Privatrechts schaffen. Man kann die Artikel 15 und 32 KKG also als systemwidrige Normen der Systeme «Privatrecht» oder «Konsumentenschutzrecht» betrachten oder als Normen des Systems «Konsumkreditrecht» (wobei es dann keine Rolle spielt, ob sie innerhalb dieses Systems systemwidrig oder -konform sind). So oder anders ergibt sich aus solchen Normen keine allgemeine Regel – kein Prinzip – für Artikel 8 UWG oder sonstige Rechtsbereiche.

Allerdings spricht allein die Tatsache, dass die einzelnen Rechtsnormen mit besonderen Gründen erklärt werden können, nicht gegen ihre analoge Anwendung oder die Annahme, dass sich aus ihnen ein Prinzip ergibt. So kann im Bar-Konsumkreditvertrag eine Rechtsfolge sinnvoll sein, im Leasingvertrag eine andere, bei Bankgeschäften mit unzulässiger Haftungsverteilung wieder eine andere und bei unzulässigen Kündigungen¹⁰⁰⁹ oder bei Eingriffen in ubiquitäre Rechte wie Immaterialgüterrechte¹⁰¹⁰ wieder eine andere. Dabei werden die einzelnen Normen naturgemäss auf den Rechtsbereich, den sie regeln, «zugeschnitten» sein, können aber trotzdem Ausdruck der gleichen allgemeinen Regel sein.¹⁰¹¹ Die Annahme eines Prinzips auf dieser Grundlage setzt aber voraus, dass neben den Artikeln 15 und 32 KKG weitere Normen bestehen, die Prävention mit überkompensatorischen Rechtsfolgen vorsehen;¹⁰¹² und dass nicht eine Mehrheit von Normen bestehen, die keine Prävention bezwecken oder dazu jedenfalls keine «überkompensatorischen» Rechtsfolgen vorsehen.¹⁰¹³ 538

IV. Ergebnis

Aus den Artikeln 15 und 32 KKG allein ergibt sich nicht, dass vertragliche Rechtsfolge der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen nicht die Geltung des Zulässigen, sondern eine erweiterte Unwirksamkeit ist.¹⁰¹⁴ 539

1009 Dazu hinten N 558 ff.

1010 Dazu hinten N 595 ff.

1011 Vgl. SCHMIDT K., S. 70 f.: «Ist das Umwandlungsrecht [eines Rechtsträgers nach UmwG] der Ergänzung und Fortbildung zugänglich, obwohl es durch mühsame Schritt-für-Schritt-Entscheidungen des Gesetzgebers als Enumeration – gewiss also nicht als Kodifikation – entstanden ist? Herkömmlicherweise wird dies verneint, und trotzdem wird eines Tages die Frage entstehen, ob aus der Kasuistik des Umwandlungsrechts ein kodifikatorisches und damit verallgemeinerungsfähiges System entstanden ist.»

1012 Dazu hinten N 540 ff.

1013 Zu diesen Begriffen hinten N 558 ff.; zur Untersuchung solcher Normen hinten N 664 ff.

1014 Anders ABEGG, S. 221, der dafür hält, dass eine der Regel von Artikel 15 KKG «analoge Interpretation ... auch für andere zwingende Inhaltsnormen mit starker Kompatibilisierungsfunktion [dazu ABEGG, S. 1 ff., insbesondere S. 3] zu fordern» ist.

Ob eine allgemeine Regel über eine erweiterte Unwirksamkeit besteht, obwohl die Artikel 15 und 32 KKG besonders gerechtfertigt werden können oder als systemwidrige Normen nicht «analogiefähig» sind, muss anhand weiterer Normen geprüft werden.

§ 24 Gesamtanalogie

I. Allgemeines

540 Es wurde nun geprüft, ob die Artikel 15 und 32 KKG für die Frage, was vertragliche Rechtsfolge der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen ist, analog anzuwenden sind. Bei der Analogie betrachtet man eine andere Norm, die ein ähnliches Problem regelt – die eine Interessenabwägung für einen ähnlichen Interessenkonflikt enthält –, und fragt, ob die dortige Wertung für die zu lösende Rechtsfrage von Bedeutung ist. Das kann man so oft wiederholen, wie das Gesetz Normen enthält, die einen ähnlichen Interessenkonflikt lösen. Es wurde bereits ausgeführt, dass der Interessenkonflikt, der der zu lösenden Rechtsfrage zugrunde liegt, abstrahiert werden muss.¹⁰¹⁵ Umso stärker man den Interessenkonflikt abstrahiert, desto mehr Normen wird es geben, die sich mit ihm beschäftigen. Darüber, wie die individuellen und allgemeinen Interessen, die der Vertragsfreiheit zugrunde liegen, einerseits und die individuellen und öffentlichen Interessen am Konsumentenschutz oder an anderen Schranken der Vertragsfreiheit andererseits gegeneinander abzuwägen sind, gibt es zahlreiche Normen. Über die Abwägung der Interessen dessen, der die Grenzen der Privatautonomie überschreitet – zum Beispiel, indem er fremde Immaterialgüterrechte verwertet oder indem er unzulässige Gefahren schafft (und dadurch einen Dritten schädigt) –, und der Interessen dessen, dessen Privatautonomie verletzt ist, gibt es noch mehr Normen (zum Beispiel Artikel 62 und 423 OR oder Artikel 41 OR).¹⁰¹⁶

541 Artikel 15 KKG regelt die Rechtsfolge der Verletzung der Schranken der Vertragsfreiheit, wie dies Artikel 8 UWG auch tut. Die Artikel 41, 62 und 423 OR regeln hingegen andere Verletzungen der Privatautonomie. Man kann also nicht mehr unmittelbar fragen, welche Wertung sich aus ihnen für die Verletzung der Schranken der Vertragsfreiheit ergibt. Wie man den von einer Norm geregelten Sachverhalt – die betroffenen Interessen – abstrahiert, muss man

1015 Vorn N 489.

1016 Zu diesen hinten N 576 ff.

also auch die Rechtsfrage abstrahieren (wobei sich dann zudem die Frage stellt, wie die Rechtsfolge, die diese Normen möglicherweise vorsehen, für die Frage nach der vertraglichen Rechtsfolge der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen von Bedeutung sein kann).

Umso weiter man den Sachverhalt, über dessen Regelung man Normen sucht, und die Rechtsfolge, nach der man sucht, abstrahiert, desto mehr Normen wird es geben, die das eine oder andere erfüllen. Man kann dann statt von einer Einzelanalogie von einer Gesamtanalogie sprechen.¹⁰¹⁷ Die Übergänge dürften fließend sein.¹⁰¹⁸ Doch je nachdem, wie abstrakt die Interessen sind, über deren Regelung man eine Norm sucht, und wie abstrakt entsprechend die Rechtsfrage formuliert ist,¹⁰¹⁹ kann man immerhin *eher* von Einzel- oder Gesamtanalogie sprechen.¹⁰²⁰

Da der Übergang fließend ist, können auch die Kriterien nicht andere sein. Es geht also auch bei der Gesamtanalogie um die Frage, ob sich aus bestimmten Normen des Gesetzes eine bestimmte Anordnung darüber ergibt, wie die gestellte Rechtsfrage – soweit nötig abstrahiert – zu beantworten ist. Geben diese Normen eine Antwort auf eine andere Frage – was dann der Fall ist, wenn sie einen anderen Interessenkonflikt regeln –, können sie nicht Quelle einer (Gesamt-)Analogie sein. Es ist deshalb im Folgenden jeweils zu prüfen, welchen Interessenkonflikt die jeweils betrachteten Normen lösen. Das kann aber nicht in einer Gesamt-, sondern nur in einer Einzelbetrachtung erfolgen. Deshalb wird das Vorliegen eines Prinzips – das sich aus einer Gesamtanalogie

1017 ABEGG, S. 252, spricht von Normen-, Gesetzes- oder Einzelanalogie einerseits, von Rechts- oder Gesetzesanalogie andererseits. Vgl. auch EMMENEGGER/TSCHECHTER, Art. 1 ZGB N 382 f., die der «Einzelanalogie (Gesetzesanalogie)» die «Gesamtanalogie (Rechtsanalogie)» gegenüberstellen.

1018 «Eine Unterscheidung zwischen Gesetzes- und Rechtsanalogie sei nur äusserlich» (LANGHEIN, S. 136). «Der Unterschied zwischen [Gesetzesanalogie und Rechtsanalogie] sei ein solcher des Grades oder Masses» (LANGHEIN, S. 140). «Zwischen Rechts- und Gesetzesanalogie bestehe kein sachlicher Unterschied» (LANGHEIN, S. 142). (Jeweils mit weiteren Hinweisen.)

1019 Vgl. umgekehrt für Rechtsprinzipien, für die es verschiedene Konkretisierungsstufen gibt, LARENZ/CANARIS, S. 302.

1020 Nach KRAMER, Methodenlehre, S. 217 f. (Herv. wegg.), wird «[b]ei der Gesamtanalogie ... aus einer ganzen Reihe von Vorschriften induktiv ein allgemeiner Rechtsgedanke, eine verallgemeinerte ratio abgeleitet und auf ähnliche Fälle bezogen, die nicht ausdrücklich geregelt sind. So kann etwa aus einer Reihe punktueller Anhaltspunkte (namentlich aus Art. 26, 31 Abs. 3, 39 Abs. 1 und 2 OR) das allgemeine Prinzip einer Haftung für culpa in contrahendo abgeleitet werden; diesem allgemeinen Prinzip können dann wiederum Fälle (...) unterstellt werden, in denen eine ausdrückliche Regelung fehlt.» Das ist nichts anderes als das, was auch bei der (Einzel-) Analogie getan wird. Es handelt sich also auch bei der Gesamtanalogie einfach um Analogie.

ergeben kann¹⁰²¹ – als solches nicht geprüft. Vielmehr sind Gesamtanalogie und prinzipienorientierte Rechtsfindung das Gleiche.¹⁰²²

II. Prüfprogramm: Präventionszweck und Überkompensation

544 Wie bereits ausgeführt, ist für die Rechtsfindung durch (Einzel- oder Gesamt-) Analogie die Frage, für die eine Antwort gesucht wird, zu abstrahieren. Gleichzeitig sind die Antworten, die einzelne Normen geben (also die Rechtsfolge), zu abstrahieren. Da es weiterhin um teleologische Rechtsfindung geht,¹⁰²³ ist von den Ergebnissen auszugehen, die sich bei der teleologischen Auslegung gezeigt haben.

1. Präventionszweck und -mittel (Überkompensation)

545 Bei der teleologischen Auslegung wurde untersucht, ob sich aus dem Präventionszweck von Artikel 8 UWG ergibt, dass vertragliche Rechtsfolge der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen eine erweiterte Unwirksamkeit ist. Ob Artikel 8 UWG Prävention bezweckt, wurde offengelassen.¹⁰²⁴

1021 Zur Ähnlichkeit von Analogie und Rechtsfindung durch «[a]llgemeine («natürliche») Rechtsgrundsätze» BYDLINSKI, Methodenlehre, S. 481.

1022 Vgl. LARENZ/CANARIS, S. 204 ff., insbesondere S. 205, wonach die Gesamtanalogie zu «allgemeinen Rechtsgrundsätzen» führt. Nach EMMENEGGER/TSCHECHSCHER, Art. 1 ZGB N 387, geht «[d]ie Anerkennung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes ... nur insofern über die Analogie hinaus, als die abstrakte Erkenntnis noch weiter verallgemeinert und auf Dauer gestellt wird». Vgl. auch N 388 für ein «Beispiel für einen analogieähnlichen Einsatz der allgemeinen Rechtsgrundsätze» (nämlich das Kausalprinzip im Sachenrecht). Vgl. auch KRAMER, Methodenlehre, S. 218 (Herv. wegg.): «Die Gesamtanalogie vergegenwärtigt am deutlichsten die gedankliche Struktur des Analogieschlusses, der oft – im Gegensatz zum Deduktionsschluss – als Schluss vom «Besonderen auf das Besondere» qualifiziert wird. In Wirklichkeit geht es beim Analogieschluss um eine Kombination aus Induktion und Deduktion. ... Dieselbe Struktur hat im Grunde aber auch die Einzelanalogie: Auch hier wird aus der einzelnen gesetzlichen Regelung eine allgemeiner gefasste ratio, ein «höheres Prinzip» abgeleitet (...) und dieses wiederum auf Fälle bezogen, die vom Wortsinn der entsprechend angewandten Norm nicht erfasst werden, aber deren verallgemeinerter ratio entsprechen.»

1023 Nach CANARIS, Systemdenken, S. 91, «ist die Auslegung aus dem inneren System die Fortsetzung der teleologischen Auslegung oder besser nur eine höhere Stufe innerhalb dieser». Damit stimmt die Titelgebung in dieser Arbeit nicht ganz überein, wird doch zwischen Teleologie und weiteren Rechtsfindungselementen unterschieden (5. Kapitel, vorn N 398 ff.; 7. Kapitel, vorn N 487 ff.). Immerhin geht es hier aber auch um die Zwecke von Normen, die für die zu lösende Rechtsfrage «an sich» gerade nicht normativ zuständig sind, während es vorn (allein) um die Frage nach dem Zweck der normativ zuständigen Normen ging (vgl. dazu wiederum CANARIS, a.a.O., wonach von der «ratio legis» zur «ratio iuris» fortgeschritten wird, es sich also doch um zwei unterscheidbare Rechtsfindungs-«Vorgänge» handelt).

1024 Vorn N 398 f.; vgl. aber die Ausführungen im Zusammenhang mit dem Gewicht des teleologischen Auslegungselements vorn N 484 ff.

Die erweiterte Unwirksamkeit – solange sie mit dem Präventionszweck begründet wird – wurde aber deshalb abgelehnt, weil der Gesetzgeber in den *Artikeln 9 f. UWG* andere Mittel für die Umsetzung der Zwecke des UWG vorgesehen hat. Es zeigte sich also, dass es gar nicht darauf ankommt, ob das Gesetz Prävention bezweckt (oder immerhin bewirkt), sondern darauf, mit welchen Mitteln dieser Zweck umgesetzt werden soll. Daraus ergibt sich die Ausgangslage für die weitere Rechtsfindung durch Gesamtanalogie. Entscheidend ist nicht, ob das Obligationenrecht¹⁰²⁵ und seine Normen Prävention bezwecken; vielmehr kommt es darauf an, mit welchen Mitteln sie einen allfälligen Präventionszweck umsetzen. Denn Prävention kann auch mit kompensatorischen Rechtsfolgen bewirkt oder bezweckt werden.¹⁰²⁶

Es wird im Folgenden nicht (primär) um Normen gehen, die Schranken der Vertragsfreiheit festlegen und allenfalls Rechtsfolgen für deren Verletzung vorsehen.¹⁰²⁷ Diese Normen müssen deshalb auch nicht die Frage nach dem Umfang der Unwirksamkeit eines Vertrages beantworten. Um aus diesen Normen dennoch etwas für *Artikel 8 UWG* zu gewinnen, muss die gestellte Frage – nach der vertraglichen Rechtsfolge der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen – abstrahiert werden. Die Geltung des Zulässigen führt dazu, dass das gilt, was von vornherein rechtmässig gewesen wäre. Eine erweiterte Unwirksamkeit führt jedoch zur Schlechterstellung des AGB-Verwenders und zur entsprechenden Besserstellung des Konsumenten. Sie ist also nicht nur «Wiedergutmachen» oder «Ausgleichen» dessen, was dem AGB-Verwender durch den Rechtsverstoss (da der Vertrag *ex lege* unwirksam ist allerdings nur vermeintlich) zugekommen ist. Man kann solche «über den

1025 Zur Einschränkung der Untersuchung auf das Obligationenrecht hinten N 553.

1026 Vgl. für das Haftungs- und Schadenersatzrecht WAGNER, S. 469: «Im Bereich des Haftungs- und Schadenersatzrechts sind Kompensation und Prävention keine Gegensätze, weil bei vollem Ausgleich des konkret erlittenen Schadens auch die richtigen Präventionsanreize erzeugt werden.» Vgl. auch MÖLLER, S. 27: «Die Prävention tritt in Widerspruch zum Ausgleich, wenn aus präventiven Gründen ein höherer Schadenersatz erforderlich ist, als dem Geschädigten tatsächlich als Schaden entstanden ist.» Zugegebenermassen ist damit nichts gesagt über Bereiche, in denen Kompensation keine Prävention bewirkt, wie eben bei *Art. 8 UWG* (vgl. vorn N 432 und vorn N 435). Gestellt ist damit die Frage, ob es *planmässig* ist, dass (oder wenn) die Verletzung von *Art. 8 UWG* – *gleich* wie die Verletzung von *Art. 41 OR* – keine überkompensatorischen Rechtsfolgen nach sich zieht; oder ob es *planwidrig* ist, dass die Verletzung von *Art. 8 UWG* – *anders* als die Verletzung von *Art. 41 OR* – keine präventiv wirkenden Rechtsfolgen nach sich zieht. Es wird sich zeigen, dass dies *planmässig* ist, da der Gesetzgeber präventive Wirkung mit anderen Verletzungsrechtsfolgen bewirken will (also bezweckt).

1027 Dass das eine ohne das andere möglich ist, zeigt sich gerade bei *Art. 8 UWG*: Er sieht Schranken der Vertragsfreiheit vor, ohne die Rechtsfolge der Verletzung dieser Schranken (einigermassen klar) festzulegen.

Ausgleich hinausgehende[n] Rechtsfolge[n]» als *überkompensatorisch* bezeichnen.¹⁰²⁸ Es ist also nach Normen zu suchen, die überkompensatorische Rechtsfolgen vorsehen. Auf eine genaue Definition und Abgrenzung kommt es allerdings nicht an. Denn bei den zu untersuchenden Normen, die solche Rechtsfolgen vorsehen, lassen sich diese jeweils besonders erklären. Das wiederum führt dazu, dass sie nicht Grundlage oder Ausdruck eines Prinzips für das Obligationenrecht im Allgemeinen sind, sondern nur gerade den jeweiligen besonderen Fall regeln. (Nur) Wo eine solche Begründung nicht ohne Weiteres besteht, wird jeweils ausgeführt, ob und wie weit die Rechtsfolge als überkompensatorisch betrachtet werden kann.

2. Präventionszweck

a. Allgemeines

- 547 Nach dem Ausgeführten müssen hier nicht Normen ge- und untersucht werden, die Prävention bezwecken, sondern Normen, die überkompensatorische Rechtsfolgen vorsehen. Liegt eine solche Norm vor – und lassen sich diese Rechtsfolgen namentlich nicht durch besondere Gründe erklären –, muss weiter die Frage gestellt werden, ob mit dieser Rechtsfolge gerade Prävention bezweckt sei. Denn nur dann kann diese Norm Ausdruck oder Grundlage eines Prinzips des Obligationenrechts sein, dass die Rechtsfolge der Verletzung der Schranken der Privatautonomie *zur Prävention* überkompensatorisch sein soll.

b. Wirkung und Zweck

- 548 Untersucht man eine Norm darauf, ob sie Prävention bezweckt, muss man zuerst klären, wie man das erkennt. Dabei gilt, was stets gilt, nämlich dass der Zweck einer Norm sich aus ihrer Auslegung ergibt.¹⁰²⁹ Es gibt also keine Besonderheiten gegenüber den allgemeinen Auslegungsregeln.
- 549 Zu präzisieren ist immerhin, wonach zu suchen ist (eben nach einem Präventionszweck). Dabei darf ein Präventionszweck nicht mit einer Präventionswirkung verwechselt werden. Denn die Wirkung einer Norm kann für den

1028 Zu dieser Definition TSCHANNEN E., S. 4. HEIZMANN, Strafe, N108, untersucht Normen, die «dem Normbrecher ... als Reaktion auf den Normbruch einen Nachteil in Form einer Vermögenseinbuße auferlegen». Zur Berechtigung dieses Begriffs aber hinten N 588 ff.

1029 Woran nichts ändert, dass der Zweck (dann eben gleichzeitig) Grundlage ihrer Auslegung ist; vgl. dazu nur FORSTMOSER/VOGT, § 19 N 108: «Das teleologische Auslegungselement ist mit dem grammatischen, dem systematischen und dem historischen verbunden: Der Zweck einer Regelung erschliesst sich einem durch ihren Wortlaut, durch den systematischen Zusammenhang, in dem sie steht, und durch die Gesetzgebungsarbeiten, aus denen sie hervorgegangen ist.»

Gesetzgeber ohne besondere Bedeutung sein oder sie kann dem von ihm verfolgten Zweck sogar teilweise zuwiderlaufen. Dass eine Norm Prävention *bewirkt*, macht diese also noch nicht zu einer Norm, die Prävention *bezweckt*.

Der Gesetzgeber hat es nicht in der Hand, zu entscheiden, welche Wirkung die von ihm erlassenen Normen haben. Er kann nur – im Rahmen einer «Rechtsfolgenabschätzung»¹⁰³⁰ – versuchen, abzuschätzen, welche Wirkung eine Norm haben könnte. Oftmals wird eine Norm jedoch neben den vom Gesetzgeber gewünschten und eben bezweckten Wirkungen auch unerwünschte Wirkungen haben. Er kann sich dann entscheiden, ob er diese unerwünschten Wirkungen hinnehmen will und die Norm dennoch erlässt, ob er sie abmildern kann und will oder ob er auf den Erlass der Norm verzichtet. Sie kann aber auch erwünschte Wirkungen haben, ohne dass er diese geradezu bezweckt. (Als «Test» könnte man die – durchaus sehr hypothetische – Frage stellen, ob der Gesetzgeber die Norm auch dann erlassen – und die Nachteile, die mit ihr unweigerlich verbunden sind,¹⁰³¹ auch hingenommen – hätte, wenn die Norm nur das bewirken würde, zu dem die Frage gestellt wird, ob es nur bewirkt wird oder es bezweckt wurde.) Im Einzelnen kann diese Untersuchung nur bei den einzelnen Normen vorgenommen werden. Hier genügt einmal die Erkenntnis, dass allein die Wirkung einer Norm noch nichts über ihren Zweck sagt. Man könnte von «zweckfremden» Wirkungen sprechen.¹⁰³²

1030 Vgl. nur Art. 170 BV und 141 Abs. 2 ParlG, wonach in einer Botschaft des Bundesrates verschiedene «Auswirkungen» erläutert werden sollen (litt. a, g, g^{ter}, j). Zu diesem und weiteren «Instrumente[n] der Qualitätssicherung» vgl. MÜLLER/UHLMANN, § 7.

1031 Allgemein und in aller Regel haben Normen eine Einschränkung der Privatautonomie zur Folge (und bezwecken das auch); im Privatrecht beinhalten sie zudem regelmässig eine Verschiebung von Vermögen oder von Aussichten auf Vermögenserwerb (so natürlich durch Schadenersatzansprüche, aber zum Beispiel auch durch die «Verteilung» von «Zuständigkeiten» an materiellen und immateriellen Gütern, die zur Gewinnerzielung eingesetzt werden können). *Darin* liegt also ein Nachteil, der bei jeder Norm vorliegt und den man mit ihrem Zweck oder eben ihrer Wirkung abwägen sollte.

1032 HEIZMANN, Strafe, N 107, weist auf Normen hin, «die nur in nebensächlichem Umfang oder als Begleitphänomen einen Strafzweck aufweisen». Vgl. auch RÜEDI, Art. 66 OR N 196: «Niemand will bestreiten, dass sich Art. 66 für den Bereicherungsgläubiger als Strafe auswirkt. Seinem Bereicherungsanspruch wird die Klagbarkeit entzogen, weil er in der Absicht geleistet hat, einen rechtswidrigen oder unsittlichen Erfolg herbeizuführen. Diese faktische Wirkung darf aber nicht zum Zweck der Norm erhoben werden»; vgl. auch N 201. UFFMANN, Reduktion, S. 277 f. (Herv. i.O.), weist darauf hin, dass die von ihr kritisierte Ansicht «die an sich schon fragliche präventive Wirkung im Tatsächlichen, die von der Unwirksamkeitssanktion möglicherweise ausgeht ..., unzulässig zu dem einzig entscheidenden normativen Zweck der Rechtsfolgenrechtsseite der Inhaltskontrolle erhebt». Auch HONSELL, Strafgedanke, S. 319, bezeichnet die «Präventionswirkung» des Haftpflichtrechts als «Nebeneffekt» und «unselbständige Nebenwirkung», die «wir also beiseite lassen [können]». Vgl. auch VOGT, Handelsregister, § 3

c. Strafe und Prävention

- 551 Heizmann untersucht, welche Normen des Privatrechts «Strafnatur aufweisen». ¹⁰³³ Vorliegend geht es aber spezifischer um Normen, die überkompensatorische Rechtsfolgen vorsehen, und um die Frage, zu welchem Zweck sie diese vorsehen. Prävention ist dabei nur ein Zweck der Strafe neben Vergeltung; das geltende (Straf-)Recht steht nach Ansicht des Bundesgerichts auf der Basis einer «präventiven Vereinigungstheorie». ¹⁰³⁴ Heizmann geht davon aus, dass «[e]ine privatrechtliche Norm ... präventive Zwecke verfolgen [kann], ohne als Norm mit Strafcharakter eingeordnet werden zu müssen»; «Strafcharakter» nehme sie erst an, «wenn sie sich mit der Auferlegung eines Nachteils verbindet, der etwas anderes ist als Ausgleich», ¹⁰³⁵ also wohl gerade dann, wenn sie überkompensatorische Rechtsfolgen vorsieht. Vorliegend werden aber Normen primär daraufhin untersucht, ob sie überkompensatorische Rechtsfolgen vorsehen; bezwecken diese Normen dann auch noch Prävention, verfolgen sie also Strafzwecke. Eine Unterscheidung, ob eine Norm Straf- oder (nur) Präventionszwecke verfolgt, muss also hier nicht gemacht werden.

3. Tatbestand und besondere Begründung

- 552 Eine Norm ist dann analog auf einen von ihr nicht erfassten Fall anzuwenden, wenn sie den gleichen Interessenkonflikt regelt. ¹⁰³⁶ Auf den Tatbestand «an sich» kann es dabei natürlich nicht ankommen, sollen doch Normen «fruchtbar gemacht» werden, die nach ihrem Tatbestand gerade nicht eine

N 22 ff., gemäss dem das Handelsregister auch zweckfremde Funktionen erbringen kann, die über dessen Zweck nichts aussagen. Können einer Norm – oder einem Komplex von Normen, wie solchen über das Handelsregister – sogar Funktionen und «Aufgaben zugewiesen werden» (N 23 [Herv. hinz.]), also *gewollt* sein, ohne dass sie für die Bestimmung des Zwecks dieser Normen relevant sind, müssen erst recht Wirkungen (denn *Funktionen* kann das Recht nur mit [Rechts-]Wirkungen erbringen) ausscheiden, die der Gesetzgeber gar nicht wollte, sondern einfach (wenn auch vielleicht nicht geradezu widerwillig) hinnahm. Geht man allerdings mit OTT/SCHÄFER, S. 138, davon aus, dass Zivilrecht überhaupt nur mit Anreizen legitimiert werden kann, muss zwar jede Norm (auch) Prävention (oder sonst einen Anreiz) (nicht nur bewirken, sondern auch) bezwecken; dann wird das Kriterium des Präventionszwecks aber für diese Untersuchung wertlos; denn wenn ohnehin alle Normen Prävention bezwecken, kann es *nur noch* darauf ankommen, ob sie (dazu) überkompensatorische Rechtsfolgen vorsehen.

1033 HEIZMANN, Strafe, N 26.

1034 HEIZMANN, Strafe, N 59; zu den Straftheorien N 36 ff.

1035 HEIZMANN, Strafe, N 103.

1036 Vorn N 489 und vorn N 552.

Antwort für die zu beantwortende Rechtsfrage geben. Dennoch wird es stets auf den Tatbestand der einzelnen Normen ankommen. Denn es ist «[a]nhand des Normtatbestandes ... herauszuarbeiten, welche menschlichen Interessen und vor allem Interessenkonflikte von der betreffenden Norm überhaupt betroffen sind»¹⁰³⁷. Damit zusammen hängt auch die Frage, ob die Regel besonders begründet werden kann. Denn die Regel ist gerade dann eine Regel für einen Sonderfall – und damit nicht Ausdruck oder Grundlage eines über diesen Sonderfall hinausgehenden Prinzips –, wenn sie mit ihrem Tatbestand einen Sonderfall erfasst. Wenn das der Fall ist, stellt sich die Frage, ob die Norm gerade mit dieser Besonderheit des Tatbestands begründet werden kann.

4. Umfang: Obligationenrecht

Überkompensatorische Rechtsfolgen sind nicht nur im Obligationenrecht denkbar. Auch das übrige Privatrecht kann solche vorsehen. Denn stets geht es ja nur darum, dass derjenige, der das Recht verletzt, schlechter gestellt wird, als wenn er sich rechtmässig verhalten hätte. Es wird sich aber zeigen, dass aufgrund der Normen des Obligationenrechts für dieses keine allgemeine Regel besteht, wonach die Verletzung seiner Normen überkompensatorische Rechtsfolgen nach sich zieht. Besteht aber für diesen Bereich des Privatrechts keine solche allgemeine Regel, kann sich eine solche wohl auch nicht aus anderen Bereichen des Privatrechts ergeben. Das heisst nicht, dass in anderen Bereichen des Privatrechts eine solche nicht bestehen könnte. Aufgrund der Normen des Obligationenrechts, die eine solche allgemeine Regel nicht vorsehen, wäre aber anzunehmen, dass die allgemeine Regel eines anderen Bereichs des Privatrechts für das Obligationenrecht eben – dann in Abweichung von diesem anderen Teil des Privatrechts – nicht besteht. So mag der Gesetzgeber für das Handelsrecht, das noch mehr als das Obligationenrecht auf Verkehrssicherheit angewiesen ist, was wiederum Rechteinhaltung voraussetzt,¹⁰³⁸ die Nachteile überkompensatorischer Rechtsfolgen (namentlich den Eingriff in Rechte des Rechtsverletzers) im Vergleich zur Verkehrssicherheit weniger gewichtig erachten.¹⁰³⁹ Oder er mag für das

1037 BYDLINSKI, Methodenlehre, S. 119. Anschaulich HASSOLD, S. 140f.: «Auch der aus deskriptiven Merkmalen aufgebaute Tatbestand ist eine Abbildung der zugrunde liegenden Wertentscheidung, deren Übersetzung in die Sprache der Tatsachen.»

1038 Vgl. dazu nur den Zweckartikel des UWG (Art.1), wonach dieses «den lauterer und unverfälschten Wettbewerb ... gewährleisten» soll; dazu vorn N 467.

1039 Dafür, dass das im Handelsrecht – jedenfalls in allgemeiner Hinsicht – der Fall ist, sind allerdings kaum Belege (Normen) ersichtlich. Vgl. immerhin Art.1103 Abs.3 OR und dazu HEIZMANN, Strafe, N 405 ff.

Familienrecht, das aus «stärkeren Banden» als das Obligationenrecht besteht, die Pflichtverletzung des Rechtsverletzers als so gravierend erachten, dass der Gesetzgeber die genannten Nachteile überkompensatorischer Rechtsfolgen als angemessen erachtet.¹⁰⁴⁰ Solche besonderen Begründungen für solche Normen würden aber einer (Gesamt-)Analogie gerade entgegenstehen. Deshalb beschränkt sich die Untersuchung im Folgenden auf das Obligationenrecht.¹⁰⁴¹

5. Grenzen der Analogie

- 554 Auf die Grenzen der (Rechtsfindung durch) Analogie wurde bereits hingewiesen.¹⁰⁴² Für die im Folgenden zu untersuchenden Normen werden sich (noch mehr als bei den [Artikeln 15](#) und [32 KKG](#)) besondere Gründe zeigen, die dazu führen, dass sie nicht Ausdruck oder Grundlage einer allgemeinen Regel sind (und damit nicht «analogiefähig»).

§25 Grundlagen für überkompensatorische Rechtsfolgen

I. Artikel 8 UWG

- 555 Es mag unsinnig erscheinen, den Inhalt von [Artikel 8 UWG](#) durch eine Analogie zu [Artikel 8 UWG](#) bestimmen zu wollen; denn man könnte ja stattdessen den Inhalt von [Artikel 8 UWG](#) einfach «unmittelbar» aus diesem gewinnen. Nach den bisher untersuchten Rechtsfindungselementen ergibt sich aus [Artikel 8 UWG](#) eine Antwort auf die Frage, was vertragliche Rechtsfolge der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen ist, aber gerade nicht. Es

1040 Dort bestehen solche Normen gemäss RÜEDI, Art. 66 OR N 197, in den [Art. 125 Abs. 3 Ziff. 3 ZGB](#), [Art. 477 ZGB](#), [Art. 540 ZGB](#) (wobei diese zwei zum Erbrecht gehören, aber doch hauptsächlich im Zusammenhang mit Familienmitgliedern [die ja die gesetzlichen Erben sind] von Bedeutung sein dürften). Ansonsten sind aber auch dafür kaum Belege (Normen) ersichtlich. Vgl. zu diesen Normen auch HEIZMANN, Strafe, N 528 ff., N 533 ff. und N 541 ff.; er bezeichnet sie alle als «Grenzfälle» (Titel zu § 9 [zu den N 516 ff.]).

1041 Zum Obligationenrecht gehört nicht nur das OR, sondern auch [Art. 8 UWG](#). Er ist nicht nur eine lauterkeitsrechtliche Norm, sondern *auch* eine obligationenrechtliche Norm (oder, wenn man annimmt, er sei keine lauterkeitsrechtliche Norm, sogar *nur* eine obligationenrechtliche). Auch das PüG (dazu hinten N 656 ff.) betrifft Vertragsanträge und -annahmen und damit in einem weit verstandenen Sinn das Obligationenrecht, das VVG (dazu hinten N 658 ff.) als «Nebenerlass» zum OR erst recht.

1042 Vorn N 527 ff.

ergibt sich aus ihm «unmittelbar» also keine Antwort. Es wurde jedoch ausgeführt, dass die Antwort darauf, was vertragliche Rechtsfolge der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen sein soll (oder aufgrund gesetzgeberischer Entscheidung ist), das Ergebnis einer Abwägung der betroffenen Interessen ist. Geregelt sind diese Interessen gerade bei Artikel 8 UWG. Die Antwort darauf, was (allgemein oder bei Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen) Schranke der Vertragsfreiheit sein soll (oder aufgrund gesetzgeberischer Entscheidung ist), ist das Ergebnis der Abwägung ebendieser Interessen (Konsumentenschutz, Vertrags- und Wirtschaftsfreiheit, «pacta sunt servanda»). Es liegt deshalb nahe, die Interessenbewertung und -abwägung, die der Gesetzgeber bei der Frage vorgenommen hat, welches die Schranken der Vertragsfreiheit – gerade bei Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen – sind, als Grundlage zu nehmen für die Antwort auf die Frage, was die vertragliche Rechtsfolge der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen ist.

Aus der Entstehungsgeschichte kann man folgern, dass Artikel 8 UWG 556 sehr umstritten war. Nach Entwurf des Bundesrates waren missbräuchlich¹⁰⁴³ unter anderem allgemeine Geschäftsbedingungen, «die in Treu und Glauben verletzender Weise ... von der gesetzlichen Ordnung erheblich abweichen».¹⁰⁴⁴ Dieser Hinweis auf das dispositive Recht wurde gestrichen.¹⁰⁴⁵ Weiter wurde wiederholt auf die Vertragsfreiheit hingewiesen, und es wurde (ihretwegen nur) eine «Missbrauchskontrolle» gefordert und teilweise auch umgesetzt.¹⁰⁴⁶

1043 So schon damals die Sachüberschrift.

1044 Art. 8 lit. a Entwurf UWG 2009.

1045 Vgl. nur den geltenden Art. 8 UWG.

1046 Vgl. schon das Votum FRICK (AB-SR 2010 III [Herbstsession], S. 934): «Es geht um die Frage, wann allgemeine Geschäftsbedingungen missbräuchlich sind. Heute sind sie es im Wesentlichen dann, wenn sie den Vertragspartner, den Kunden, irreführen. Neu soll ein Gericht die AGB frei überprüfen können.» Ebenso sein Hinweis, dass das UWG «ein klassisches Missbrauchsgesetz» sei, durch Art. 8 UWG aber zu einem «Parallelgesetz des Obligationenrechts» würde. Siehe sodann seinen Hinweis auf einen Eingriff in die Vertragsfreiheit bei der Möglichkeit freier Überprüfung auf S. 935 (bei Ziff. 3). Vgl. auch das Votum GERMANN, (AB-SR 2010 III [Herbstsession], S. 936): Er wollte mit Hinweis auf die Vertragsfreiheit keine «abstrakte Inhaltskontrolle». Darauf, dass der Entwurf des Bundesrates eine «abstrakte Inhaltskontrolle» vorsehe, wies auch Markwalder hin (Votum MARKWALDER, AB-NR 2011 I [Frühjahrssession], S. 220). Vgl. auch das Votum FLURI (AB-NR 2011 I [Frühjahrssession] S. 228) und das Votum BÜRGI (AB-SR 2011 I [Frühjahrssession] S. 304). Dass der «Kompromissvorschlag des Ständerates» weiterhin «eine allgemeine Kontrolle der Allgemeinen Geschäftsbedingungen» ermöglicht hätte, was die «SVP-Fraktion» nicht wolle, erwähnte auch Schwander (Votum SCHWANDER, AB-NR 2011 III [Sommeression], S. 800). Pointiert das Votum FLURI (AB-NR 2011 III [Sommeression] S. 800): «Die Minderheit ... beklagt sich und sagt, das geltende Recht sei nutzlos und nicht praktikabel – kein Wunder: Wir wollen

Zuletzt wurde Artikel 8 UWG wohl¹⁰⁴⁷ nur deshalb Gesetz, weil seine «Gegner» die Revision im Übrigen¹⁰⁴⁸ nicht gefährden wollten.¹⁰⁴⁹ Diese Vorbehalte gegenüber Artikel 8 UWG und seiner «Verschärfung» haben allerdings nur beschränkt «im Gesetzestext ... Niederschlag gefunden»:¹⁰⁵⁰ So ist zwar ein Vergleich mit der «gesetzlichen Ordnung», wie ihn noch der Bundesrat vorgeschlagen hatte, im geltenden Artikel 8 UWG nicht vorgesehen.¹⁰⁵¹ Doch bereits sein Vorschlag beinhaltete nur «ein *erhebliches und ungerechtfertigtes* Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten», und auch ein Abweichen von der gesetzlichen Ordnung war nur relevant, wenn es *erheblich* war. Bereits der Bundesrat wollte damit die gegenläufigen Interessen berücksichtigen. So sollte (unter dem Kriterium von Treu und Glauben) «eine umfassende Abwägung sämtlicher schutzwürdiger Interessen des Verwenders der AGB und des Vertragspartners» vorgenommen werden.¹⁰⁵² Namentlich die Vertragsfreiheit – die eben nicht nur durch Schranken der Vertragsfreiheit, sondern auch durch Rechtsfolgen, die die Geltung geschlossener Verträge aufheben, tangiert wird – sollte grundsätzlich gewahrt

gar nicht etwas anderes!» Mit dem (dann zur Debatte stehenden) Vorschlag des Ständerates sei «aber die abstrakte Inhaltskontrolle [gelieben]», die er nicht wolle. Er brachte die «abstrakte Normenkontrolle» in Zusammenhang mit der Ersetzung des Wortes «vorgesehen» durch «verursacht» (Votum FLURI, AB-NR 2011 III [Sommer-session], S. 1081), wobei allerdings doch «vorsehen» Gesetz wurde (zu dieser Diskussion vgl. PROBST, SHK, Art. 8 UWG N 240). Dass auch die Einigungskonferenz noch eine «abstrakte Inhaltskontrolle» vorsehe, wurde von Markwalder und Schwander ausgeführt (Voten MARKWALDER und FLURI, AB-NR 2011 III [Sommer-session], S. 1227). Fluri wies darauf hin, dass sich die «FDP-Liberale Fraktion» «eine noch bessere Formulierung vorgestellt [hätte], um die von uns stets konsequent abgelehnte abstrakte Normenkontrolle noch stärker auszuschliessen» (Votum FLURI, AB-NR 2011 III [Sommer-session], S. 1227). (Vgl. zum Ganzen auch PROBST, SHK, Art. 8 UWG N 298, insbesondere Fn. 517.)

1047 «Wohl» deshalb, weil natürlich nur spekuliert werden kann, ob eine Revision allein von Art. 8 UWG erfolgreich gewesen wäre.

1048 Namentlich die Revision des Art. 3 UWG (Abs. 1 lit. p-u).

1049 Vgl. dazu das Votum FLURI für die «FDP-Liberale Fraktion» (AB-NR 2011 III [Sommer-session], S. 1227): «Wir wollen das Gesamtwerk nicht gefährden und stimmen dem Antrag [der Einigungskonferenz nach Art. 91 ff. ParlG zu Art. 8 UWG] deshalb zu.»

1050 So das Erfordernis für die Berücksichtigung der Materialien gemäss BGE 139 III 368 Erw. 3.2 S. 373.

1051 Was aber wohl nicht daran hindert, dieses weiterhin als Massstab zu nehmen. Nur dieses kann ja beantworten, was – zumindest aus Sicht des Gesetzgebers – (k)ein «erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis» ist, ist also weiterhin heranzuziehen, wenn man (auch) diesbezüglich auf die gesetzgeberischen Wertungen (statt auf das «Empfinden» des jeweiligen Rechtsanwenders) abstellen will. Vgl. auch vorn N 175.

1052 BOTSCHAFT UWG 2009, S. 6179.

bleiben: «Innerhalb der vom neuen Artikel gezogenen Leitplanken verbleibt daher den Parteien immer noch ein beträchtlicher Spielraum, um ihr Vertragsverhältnis mittels AGB auch in Abweichung vom dispositiven Recht zu gestalten.»¹⁰⁵³

Aus Artikel 8 UWG ergibt sich damit nicht die gesetzgeberische Wertung, dass (jedenfalls bei Verwendung allgemeiner Geschäftsbedingungen) der Konsumentenschutz das allein relevante oder doch ganz überwiegende Interesse sei. Vielmehr erscheint der Vorschlag des Bundesrates und noch vielmehr der schliesslich erlassene Gesetzestext als relativ feine Abwägung zwischen den Interessen auf der einen und den Interessen auf der anderen Seite,¹⁰⁵⁴ bei der namentlich die Vertragsfreiheit erhebliche Bedeutung hatte. Aus Artikel 8 UWG ergibt sich somit nicht die Wertung, dass mit der vertraglichen Rechtsfolge der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen sein Präventionszweck durch Überkompensation – und damit auf Kosten der Vertragsfreiheit und dem AGB-Verwender grundsätzlich zustehender subjektiver Rechte – umgesetzt werden soll. Dass der geltende Artikel 8 UWG nur allgemeine Geschäftsbedingungen erfasst, die «zum Nachteil der Konsumentinnen und Konsumenten» missbräuchlich sind, weist weiter darauf hin, dass es dem Gesetzgeber um eine sachlich eingeschränkte Regelung ging und Artikel 8 UWG nicht Grundlage oder Ausdruck einer allgemeinen gesetzgeberischen Interessenbewertung ist.¹⁰⁵⁵

II. Arbeitsvertragsrecht

Konsumenten und AGB-Verwender sind typischerweise in einem (ökonomischen, intellektuellen, «strukturellen») Ungleichgewicht.¹⁰⁵⁶ Man kann den Interessenkonflikt, den Artikel 8 UWG regelt, also betrachten als den Konflikt

1053 BOTSCHAFT UWG 2009, S. 6178.

1054 Während man das über das Ergebnis sagen kann, kann man das wohl nicht über die Entstehung sagen. Vielmehr ging es bei dieser – wie beim KKG (dazu vorn N 490 ff.) – weniger um die differenzierte Berücksichtigung gegenläufiger Interessen, sondern einfach darum, dass jede «Seite» das durchsetzen wollte, was ihrer (politischen) Überzeugung am ehesten entsprach. Das hat aber hier keine Bedeutung; es könnte allenfalls – wie beim KKG ausgeführt – einer analogen Anwendung des Art. 8 UWG auf andere Fragen entgegenstehen.

1055 Vgl. BELSER, Freiheit, S. 170 (Herv. hinz.): «[Der Gesetzgeber] hat zu entscheiden, welche Personen typischerweise als unterlegen zu gelten haben ... und ob der vom Gesetz gewährte Schutz in zeitlicher oder sachlicher Hinsicht begrenzt werden muss.»

1056 Vgl. auch die BOTSCHAFT UWG 2009, S. 6179, wonach es beim Kriterium «Treu und Glauben» auf das «Kräfteverhältnis zwischen dem Verwender der AGB und dem Vertragspartner» ankomme.

der Interessen von Parteien, die in einem (noch zu schliessenden) Vertragsverhältnis in einem Ungleichgewicht stehen. Als «schwächere Partei» betrachtet der Gesetzgeber auch – und wohl zu Recht – die Arbeitnehmer im Verhältnis zu ihren Arbeitgebern.¹⁰⁵⁷ Damit ist das Recht des Arbeitsvertrags ein Ort, wo ebenfalls Regeln über «Ungleichgewichtslagen» bestehen.¹⁰⁵⁸

1. Missbräuchliche Kündigung und fristlose Entlassung

a. Tatbestand

559 «Die Partei, die das Arbeitsverhältnis missbräuchlich kündigt [Artikel 336 OR], hat der anderen eine Entschädigung auszurichten. Die Entschädigung wird vom Richter unter Würdigung aller Umstände festgesetzt ...»¹⁰⁵⁹

560 «Entlässt der Arbeitgeber den Arbeitnehmer fristlos ohne wichtigen Grund, ... [kann d]er Richter ... den Arbeitgeber verpflichten, dem Arbeitnehmer eine Entschädigung zu bezahlen, die er nach freiem Ermessen unter Würdigung aller Umstände festlegt ...»¹⁰⁶⁰

b. Rechtsfolge

561 Die missbräuchliche Kündigung und die ungerechtfertigte fristlose Entlassung führen – anders als die Kündigung zur Unzeit (Artikel 336c Absatz 2 Satz 1 OR) – zur mit ihnen beabsichtigten Rechtsgestaltung (nämlich der Auflösung

1057 Vgl. KOLLER A., N 13.146, der Arbeitnehmer gerade als «prototypisch» für die schwächere Partei bezeichnet. BYDLINSKI, System, S. 709, bezeichnet das Arbeitsrecht als «Prototyp eines Schwächerenschutzrechts», kritisiert aber auch die Gleichsetzung von Verbrauchern und Arbeitnehmern.

1058 Es wurde bereits erwähnt, dass in diesem Schritt nicht allgemein Prinzipien gesucht (und schon gar nicht «angewendet») werden. Vielmehr werden nur einzelne Bestimmungen eines «Konsumentenrechts» oder eines «Rechts für Ungleichgewichtslagen» untersucht. Namentlich muss nicht untersucht werden, ob es nach geltendem Recht ein «Sonderprivatrecht für Konsumenten» oder «für Ungleichgewichtslagen» gibt (bejahend für das deutsche Recht REYMANN, S. 497 am Ende) und was dessen Inhalt wäre. Soweit eine Analogie denkbar ist, wurden und werden «einschlägige» Normen aus dem Konsumentenrecht oder dem «Recht für Ungleichgewichtslagen» untersucht. Aus anderen Normen, die als Grundlage eines «Sonderprivatrechts für Konsumenten» dienen könnten – gemäss REYMANN zum Beispiel Informationspflichten (S. 14 f.; für die Schweiz vgl. nur das PüG, das KIG und Art. 8 f. FIDLEG), Widerrufsrechte (S. 15 f.; für die Schweiz vgl. nur Art. 40a ff. OR) oder kollisionsrechtliche Regeln (S. 18 f.; für die Schweiz vgl. nur Art. 120 IPRG) –, sind für die Frage nach dem Umfang der Unwirksamkeit eines Vertrages, der unter Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen geschlossen wurde, kaum Hinweise zu erwarten. Kritisch zur Annahme eines «Sonderprivatrechts» sowohl für «Verbraucher» wie «für Ungleichgewichtslagen überhaupt» allerdings BYDLINSKI, System, S. 735. Zu «Sonderprivatrechten» vgl. auch hinten Fn. 1143 und hinten Fn. 1327.

1059 Art. 336a Abs. 1 und 2 OR.

1060 Art. 337c Abs. 1 und 3 OR.

des Arbeitsverhältnisses).¹⁰⁶¹ Anders als nach allgemeinen Regeln¹⁰⁶² haben also die missbräuchliche Kündigung, die fristlose Entlassung (auch: fristlose Kündigung) ohne wichtigen Grund (und übrigens auch der ungerechtfertigte Nichtantritt oder das ungerechtfertigte Verlassen der Arbeitsstelle)¹⁰⁶³ die Beendigung des Arbeitsverhältnisses zur Folge.¹⁰⁶⁴

c. Überkompensation

Die Entschädigung des Artikels 336a Absatz 1 OR ist teilweise Schadenersatz, teilweise aber auch unabhängig von einem Schaden.¹⁰⁶⁵ Sie ist damit

1061 Zu Art. 336a OR PORTMANN/RUDOLPH, Art. 336a OR N1. Zu Art. 337c OR PORTMANN/RUDOLPH, Art. 337c OR N1. Zu Art. 337d OR PORTMANN/RUDOLPH, Art. 337d OR N1. Vgl. schon die BOTSCHAFT ARBEITSVERTRAG, S. 586 f. (Herv. wegg.): «Unsere Vorlage hält am Grundsatz der Kündigungsfreiheit fest. Wenn nun im Rahmen der Revision der bestehende Kündigungsschutz ausgedehnt werden soll, darf es nicht darum gehen, eine Vertragspartei in ihrem Recht auf die Herbeiführung des Vertragsendes wesentlich zu beschränken; der Wille einer Partei, das Arbeitsverhältnis zu beenden, ist grundsätzlich zu respektieren. Damit kommen die Grundgedanken des vorgeschlagenen sachlichen Kündigungsschutzes bereits zum Ausdruck: Die Kündigung ist an keine objektiven Voraussetzungen gebunden und entfaltet, wenn sie einmal ausgesprochen wurde, ihre vollen Wirkungen. ... Ferner ist die – ausserhalb einer allfälligen Sperrfrist – erfolgte Kündigung auf jeden Fall gültig und wirksam.» Und S. 613: «Nach dem Entwurf kann die fristlose Entlassung ohne vorhergehende Bewilligung ([zum Beispiel] des Richters oder der Arbeitnehmervertretung) erfolgen; wie im geltenden Recht ist sie also ein Gestaltungsrecht des Arbeitgebers, und sie wirkt somit sofort und definitiv, selbst wenn kein wichtiger Grund sie rechtfertigt.» Zur Begründung S. 600 (Herv. i.O.): «Die Weiterführung des Arbeitsvertrages gegen den Willen einer Partei ist unzumutbar oder gar undurchführbar. Als Sanktionen bei missbräuchlichen Kündigungen lehnen wir somit die Nichtigkeit und die Anfechtbarkeit der Kündigung sowie die Reintegration des Arbeitnehmers grundsätzlich ab.» Vgl. auch BGE 131 III 535 Erw. 4.2 S. 540: «Le fait qu'en droit suisse, l'existence d'une résiliation abusive ne conduise en principe pas à son invalidation, mais seulement à une indemnisation versée à celui qui en est victime ...»

1062 Vgl. dazu nur GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 152 f., wonach die Ausübung *nicht bestehender* Gestaltungsrechte keine Gestaltungsfolge nach sich zieht. Das Gestaltungsrecht nach Art. 336 OR (etc.) *besteht* natürlich (sonst könnte man es ja nicht wirksam ausüben). Der «Normalfall» ist aber, dass ein Gestaltungsrecht, wo es nicht zulässigerweise ausgeübt werden kann (also nicht ausgeübt werden darf), auch nicht wirksam ausgeübt werden kann; im «Normalfall» sind also die Voraussetzungen für die «Gestaltungsmacht» die gleichen wie für die «Gestaltungsbefugnis». Im Arbeitsvertrag haben die Parteien aber eine «Kündigungsmacht» (oder «Entlassungsmacht») ohne die entsprechende Befugnis (also eine «überschüssende Rechtsmacht»).

1063 Art. 337d OR.

1064 Die Gestaltung (Beendigung) des Arbeitsverhältnisses ist die *Rechtsfolge* der Kündigung oder Entlassung. Vorn wurde ausgeführt, es komme für die Frage, welchen Interessenkonflikt eine Norm regelt, auf deren *Tatbestand* an. Nimmt man als «gegeben» an, dass die Ausübung des Gestaltungsrechts Gestaltungswirkung hat, kann man das Ende des Arbeitsverhältnisses aber auch als Tatbestand der Entschädigung betrachten.

1065 HEIZMANN, Strafe, N 321 ff.

(zumindest teilweise) überkompensatorisch. Dasselbe gilt für die Entschädigung nach Artikel 337c Absatz 3 OR.¹⁰⁶⁶

d. Präventionszweck

563 Es bleibt also zu prüfen, ob diese Überkompensation aus Präventionszwecken erfolgt. Das kann für beide Entschädigungen bejaht werden.¹⁰⁶⁷

e. Besondere Gründe

aa. *Beendigung des Arbeitsverhältnisses*

564 Wie ausgeführt besteht eine «Gestaltungsmacht» regelmässig nur, wo auch eine «Gestaltungsbefugnis» besteht. Eine unzulässige Ausübung eines Gestaltungsrechts hat also normalerweise keine Gestaltungswirkung. Das ist im Arbeitsvertrag wie ausgeführt anders. Anders als im Arbeitsvertrag wird deshalb sonst der, gegenüber dem unbefugterweise ein Gestaltungsrecht ausgeübt wird, in seiner Rechtsstellung gar nicht betroffen (da ja das Rechtsverhältnis, deren Gestaltung der andere anstrebte, gar nicht [um-]gestaltet wird). Er hat deshalb keine Nachteile, die ihm entgolten werden müssten. Er hat auch keine Nachteile, vor denen er (mittels präventiv wirkender Rechtsfolgen oder sonst) geschützt werden müsste.

565 Auf den Zusammenhang zwischen «Gestaltungsmacht ohne Gestaltungsbefugnis» und Entschädigung wies denn auch der Bundesrat hin: «Will man an diesen Grundsätzen [der Kündigungsfreiheit] festhalten und dennoch den Vertragsparteien einen wirksamen sachlichen Kündigungsschutz bieten, muss eine *Sanktion* gefunden werden, der vor allem *präventive* Wirkung zukommt.»¹⁰⁶⁸ Die Entschädigungspflicht ist also das «Gegenstück» zur Kündigungsfreiheit, die eben darin besteht, dass eine Gestaltungsmacht auch dort besteht, wo keine Gestaltungsbefugnis besteht.

566 Allerdings bliebe die unberechtigte (aber eben wirksame) Beendigung des Arbeitsverhältnisses auch nicht völlig sanktionslos, wenn *keine* Entschädigung vorgesehen wäre. Denn in allen Fällen kann die verletzte Partei – wie bei jeder Vertragsverletzung¹⁰⁶⁹ – einen Schadenersatzanspruch geltend

1066 HEIZMANN, Strafe, N 354.

1067 HEIZMANN, Strafe, N 318, N 353. RÜEDI, Art. 66 OR N 181, nimmt für Art. 336a OR immerhin eine präventive *Wirkung* an.

1068 BOTSCHAFT ARBEITSVERTRAG, S. 587 (Herv. i.O.); vgl. auch S. 600f. Vgl. auch HEIZMANN, Strafe, N 370. Dass es Sanktionen braucht, denen präventive Wirkungen zukommt, ist zwar nicht zwingend. Aber immerhin braucht es wohl *überhaupt* Sanktionen.

1069 Die unbefugte Ausübung eines Gestaltungsrechts dürfte einfach eine Vertragsverletzung im Sinne von Art. 97 OR sein.

machen,¹⁰⁷⁰ der andernorts auch als genügend erachtet wird.¹⁰⁷¹ Dass in den erwähnten Fällen auch die unbefugte Ausübung eines Gestaltungsrechts Gestaltungswirkung hat, kann also die unterschiedliche Behandlung dieser Fälle – verglichen mit dem allgemeinen Schadenersatzrecht – nicht vollständig rechtfertigen.¹⁰⁷²

Andererseits geht das Bundesgericht davon aus, dass der Vorbehalt von «Schadenersatzansprüche[n] aus einem anderen Rechtstitel» nach Artikel 336a Absatz 2 Satz 2 OR nur solche meint, die sich «aus einem anderen Grund als der Missbräuchlichkeit der Kündigung» ergeben.¹⁰⁷³ Schadenersatzforderungen aus Lohneinbussen, Vorstellungs- und Umzugskosten werden damit der Höhenbeschränkung des Artikels 336a Absatz 2 Satz 1 OR unterworfen.¹⁰⁷⁴ Insoweit ist die Entschädigung nach Artikel 336a Absatz 1 OR eben doch der Ersatz für sonst überhaupt fehlende Sanktionen.

bb. Treuepflicht

Schon im Zusammenhang mit Artikel 2 (Absatz 1) ZGB wurde ausgeführt, dass das Privatrecht eine Pflicht, sich nach Treu und Glauben zu verhalten, an das Bestehen einer «rechtlichen Sonderverbindung» knüpft.¹⁰⁷⁵ Arbeitgeber und Arbeitnehmer sind – anders als die Parteien eines noch zu schliessenden AGB-Vertrages – vertraglich gebunden. Der Arbeitsvertrag stellt insbesondere für den Arbeitnehmer einen wichtigen Teil einerseits seines «Alltags» dar, andererseits ist er auf ihn zur Erzielung seines Einkommens angewiesen.¹⁰⁷⁶ Die Parteien sind im Arbeitsvertrag – wohl gerade deshalb – durch eine Treuepflicht des Arbeitnehmers¹⁰⁷⁷ und eine Fürsorgepflicht des

1070 Art. 336a Abs. 2 Satz 2 OR; Art. 337c Abs. 1 und 2 OR. Was allerdings natürlich – anders als die Entschädigung – einen Schaden voraussetzt.

1071 Bei Art. 337c OR besteht der Schadenersatz vor allem im Lohn bis zur Kündigung (PORTMANN/RUDOLPH, Art. 337c OR N 2 und N 2a).

1072 Immerhin ist im «Normalfall» die «Konsequenz» der unberechtigten (und damit eben unwirksamen) Ausübung eines Gestaltungsrechts das unveränderte Weiterbestehen des Rechtsverhältnisses. Der «Gestaltungsgegner» genießt also weiterhin die Vorteile, die sich aus diesem Rechtsverhältnis ergeben (im Arbeitsverhältnis wäre das vor allem der Lohn), ohne dass nach einem Schaden gefragt wird. *Insofern* ist die *schadenunabhängige* Besserstellung des «Gestaltungsgegners» im Arbeitsvertragsrecht nicht nur durch Besonderheiten des Arbeitsvertragsrechts begründbar, sondern auch (sonst, das heisst verglichen mit anderen Gestaltungsrechten) systemkonform.

1073 PORTMANN/RUDOLPH, Art. 336a N 6, mit Verweis auf BGE 123 III 394.

1074 PORTMANN/RUDOLPH, Art. 336a N 7 und N 7a.

1075 Vorn N 350 ff.

1076 In BGE 131 III 535 Erw. 4.2 S. 540 wird im Zusammenhang mit der missbräuchlichen Kündigung auf «l'intérêt légitime du salarié au maintien du contrat» hingewiesen.

1077 Art. 321a OR.

Arbeitgebers¹⁰⁷⁸ einander besonders verpflichtet. Die unbefugte Beendigung des Arbeitsverhältnisses ist deshalb nicht nur eine Vertragsverletzung, sondern kann als Verletzung einer besonders «engen» gegenseitigen Pflicht zur Rücksichtnahme verstanden werden. Bereits das mag besondere Rechtsfolgen rechtfertigen.

cc. Mittelbare Rechtsverletzung

569 Bei der missbräuchlichen Kündigung (Artikel 336a OR) besteht zudem die Verletzung der Rechte des «Gestaltungsgegners» nicht nur darin, dass unbefugterweise ein Gestaltungsrecht ausgeübt wurde; seine Rechte werden auch dadurch verletzt, dass *aus einem bestimmten Grund* gekündigt wurde. Denn eine Kündigung ist nach Artikel 336 Absatz 1 OR namentlich¹⁰⁷⁹ missbräuchlich, «wenn eine Partei sie ausspricht: a. wegen einer Eigenschaft, die der anderen Partei kraft ihrer Persönlichkeit zusteht», oder «weil die andere Partei ein verfassungsmässiges Recht ausübt».¹⁰⁸⁰ Die Kündigung aus diesen Gründen kann also nicht nur als Verletzung der (besonderen) arbeitsvertraglichen Treuepflicht verstanden werden, sondern auch als (mittelbarer) Eingriff¹⁰⁸¹ in die genannten Rechte des «Gestaltungsgegners» (wobei es sich um Rechte handelt, deren Verletzung regelmässig keine finanziellen Schäden zur Folge hat, die also auch keinen Schadenersatzanspruch begründet). Die (bezweckte) präventive Wirkung dient also nicht allein zur Erhaltung des Arbeitsverhältnisses, sondern auch dem Schutz und der Durchsetzung von Persönlichkeitsrechten und von verfassungsmässigen Rechten. Diese – also noch «wichtigere» – Rechte mögen eine «strenge» Rechtsfolge rechtfertigen (während es bei Artikel 8 UWG nicht um solche Rechte geht). Weniger stark gilt dies allerdings bei den literae c und d,¹⁰⁸² doch geht es dabei gerade um Ansprüche, die auch von der besonderen Treuepflicht der Parteien erfasst sind.

570 Litera e wiederum dient dem Schutz der «Wehrordnung» und der «Wehrbereitschaft»¹⁰⁸³ und Absatz 2 dem Schutz der «Arbeitsverfassung» (als Teil

1078 Art. 328 OR. Nach PORTMANN/RUDOLPH, Art. 328 OR N 3, ist Art. 328 OR lediglich ein Ausdruck der allgemeinen Treuepflicht.

1079 Art. 336 OR ist nicht abschliessend (PORTMANN/RUDOLPH, Art. 336 OR N 21; BGE 125 III 72, 123 III 251, 121 III 61).

1080 Art. 336 Abs. 1 litt. a und b OR.

1081 Man könnte sagen: Der Kündigende spricht dem andern diese Rechte ab. Vgl. namentlich für lit. b auch Art. 35 Abs. 3 BV.

1082 «Die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses ist missbräuchlich, wenn eine Partei sie ausspricht ... c. ausschliesslich um die Entstehung von Ansprüchen der anderen Partei aus dem Arbeitsverhältnis zu vereiteln; d. weil die andere Partei nach Treu und Glauben Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis geltend macht.»

1083 Ähnlich wie Art. 57 SchKG, und dazu BAUER, Art. 57 SchKG N 1; kritisch zu diesem «Rechtsgut» aber N 14.

der «Wirtschaftsverfassung»), die beide nicht unerheblichen öffentlichen Interessen dienen.¹⁰⁸⁴

Gerade bei Artikel 336 OR geht es also neben der Erhaltung des Arbeitsverhältnisses auch, was die Kündigungsgründe angeht, um erhebliche Interessen, die eine «strenge» Rechtsfolge rechtfertigen mögen. Diese Interessen werden denn auch durch weitere Regeln präventiv geschützt.¹⁰⁸⁵

2. Nichtantritt oder Verlassen der Arbeitsstelle

«Tritt der Arbeitnehmer ohne wichtigen Grund die Arbeitsstelle nicht an oder verlässt er sie fristlos, so hat der Arbeitgeber Anspruch auf eine Entschädigung, die einem Viertel des Lohnes für einen Monat entspricht ... Ist dem Arbeitgeber kein Schaden oder ein geringerer Schaden erwachsen, als der Entschädigung gemäss dem vorstehenden Absatz entspricht, so kann sie der Richter nach seinem Ermessen herabsetzen.»¹⁰⁸⁶

Diese Norm schützt nicht den «Schwächeren» (genauer: den üblicherweise und vom Gesetzgeber als schwächer betrachteten Vertragspartner)¹⁰⁸⁷, sondern den anderen. Sie ist deshalb für eine allgemeine Regel über den Schutz des «Schwächeren» nicht von Bedeutung. Aus ihr ergibt sich aber auch nicht eine allgemeine (nicht auf «Ungleichgewichtslagen» beschränkte) Regel über überkompensatorische Rechtsfolgen. Man kann sie zwar als überkompensatorisch betrachten, doch kann man die vorgesehene Entschädigung auch als pauschalisierten Schadenersatz betrachten.¹⁰⁸⁸ Weiter ist sie nicht die Verletzung irgendeines Vertrages, sondern eines Vertrages mit einer besonderen Treuepflicht (Artikel 321a OR), was «strenge» Sanktionen rechtfertigen mag. Zudem kann sie als «Gegenstück» zum Schutz des Arbeitnehmers – als Ausdruck eines «Paritätsgedankens» (vgl. dazu Artikel 335a Abs.1 OR) – verstanden werden.

1084 Vgl. zum Vorschlag, die Kündigung wegen Meldung einer «Unregelmässigkeit» («Whistleblowing») als missbräuchlich zu qualifizieren, den Entwurf vom 21. September 2018 (Bundesblatt 2019, Seiten 1433 ff.)

1085 Bei einer drohenden Verletzung der Persönlichkeit ermöglicht Art. 28a Abs.1 Ziff.1 ZGB zum Beispiel eine vorsorglich wirkende Unterlassungsklage. Die «Wehrbereitschaft» wird zum Beispiel durch Art. 278 StGB geschützt. Zur «Kumulation der Sanktionen» (und damit zur «Strenge» der Rechtsfolgen) bei Kündigung während des «obligatorischen Militär- und Schutzdienst[es]» und deren Berechtigung vgl. BOTSCHAFT ARBEITSVERTRAG, S. 613.

1086 Art. 337d Abs.1 und 2 OR.

1087 Vgl. dazu BELSER, Freiheit, S. 170: «[Der Gesetzgeber] hat zu entscheiden, welche Personen als typischerweise unterlegen zu gelten haben, welches Schutzes sie in sachlicher Hinsicht bedürfen und ob der vom Gesetz gewährte Schutz in zeitlicher oder räumlicher Hinsicht begrenzt werden muss.»

1088 PORTMANN/RUDOLPH, Art. 337d OR N2; vgl. auch HEIZMANN, Strafe, N367.

3. Ergebnis

574 Der Arbeitsvertrag ist ein Vertrag mit einer besonderen Treuepflicht. Deren Verletzung wiegt schwerer als die Verletzung eines anderen Vertrages und erst recht schwerer als die Verletzung einer vorvertraglichen Verhaltenspflicht. Weiter handelt es sich beim Arbeitsvertrag – und bei Artikel 336a OR zudem bei den mittelbar geschützten Rechten – um für die Betroffenen besonders wichtige Rechte, die einen präventiven Schutz – auch unter Eingriff in Positionen des anderen, also durch Überkompensation – rechtfertigen mögen. Zudem ist das «Kündigungsregime» des Arbeitsvertragsrechts wie gezeigt insgesamt systemwidrig. Sollen die Regeln über die Rechtsfolgen unzulässiger Kündigungen innerhalb dieses Systems systemkonform sein, müssen sie also – aus Sicht des Obligationenrechts insgesamt – ebenfalls systemwidrig sein. Grundlage oder Ausdruck einer allgemeinen Regel sind sie dann aber gerade nicht.¹⁰⁸⁹

575 Aus den Artikeln 336a Absätze 1 und 2, 337c Absätze 1 und 2 und Artikel 337d Absätze 1 und 2 OR ergibt sich damit keine allgemeine Regel, dass die Rechtsfolgen der Verletzung von Normen des Obligationenrechts Prävention bezwecken sollen, und erst recht nicht, dass eine solche Prävention mit überkompensatorischen Rechtsfolgen bewirkt werden soll.

III. Bereicherungsrecht und Gewinnherausgabe

1. Allgemeines

576 «Wer in ungerechtfertigter Weise aus dem Vermögen eines andern bereichert worden ist, hat die Bereicherung zurückzuerstatten. Insbesondere tritt diese Verbindlichkeit dann ein, wenn jemand ohne jeden gültigen Grund oder aus einem nicht verwirklichten oder nachträglich weggefallenen Grund eine Zuwendung erhalten hat.»¹⁰⁹⁰

577 «Wer für einen anderen ein Geschäft besorgt, ohne von ihm beauftragt zu sein, ist verpflichtet, das unternommene Geschäft so zu führen, wie es dem Vorteile und der mutmasslichen Absicht des anderen entspricht.» «Wenn die Geschäftsführung nicht mit Rücksicht auf das Interesse des Geschäftsherrn

1089 Es mag verschiedene Gründe geben, weshalb das Auseinanderfallen von Gestaltungsrecht und -befugnis hier eben berechtigt ist. Dann wäre es systemkonform. Dann ist es aber nur gerade bei Vorliegen dieser besonderen Gründe – also im entsprechenden «Sub-System» – systemkonform. Wie bereits ausgeführt (vorn N 537) kommt es nicht darauf an, ob das eine oder das andere vorliegt (oder ob man es so oder anders betrachtet), denn jedenfalls ist die Norm dann nicht «analogiefähig». Kritisch zu Art. 336a ff. OR GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 153 am Ende. Erachtet man eine Regel als unberechtigt, kann man sie auch nicht analog anwenden.

1090 Art. 62 OR.

unternommen wurde, so ist dieser gleichwohl berechtigt, die aus der Führung seiner Geschäfte entspringenden Vorteile sich anzueignen.»¹⁰⁹¹

Nach Artikel 62 OR gibt es also einen Anspruch auf Herausgabe einer Bereicherung, nach Artikel 423 Absatz 1 OR einen Anspruch auf Herausgabe der aus dem Geschäft «entspringenden Vorteile», also einen Gewinnherausgabeanspruch. Es wurde bereits geprüft, ob dem Konsumenten aufgrund der Artikel 62 und 423 OR ein Anspruch zusteht (oder, falls ein solcher Anspruch bestünde, ob Artikel 8 UWG, was seine Rechtsfolge angeht, «im Lichte» der Artikel 62 und 423 Absatz 1 OR auszulegen ist); das wurde verneint.¹⁰⁹²

Denkbar ist aber (dennoch), dass sich aus den Artikeln 62 und 423 OR eine gesetzgeberische Wertung ergibt, aufgrund deren die vertragliche Rechtsfolge der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen nicht Geltung des Zulässigen, sondern eine erweiterte Unwirksamkeit ist. Bisher – Artikel 15 und 32 KKG, Normen des Arbeitsvertragsrechts – wurde geprüft, ob diese Normen besonders begründet werden können; da dies jeweils bejaht wurde, wurde angenommen, dass ihre Rechtsfolge nicht für den bei Artikel 8 UWG vorliegenden Interessenkonflikt und auch nicht für einen allgemeinen Interessenkonflikt von «Starken» und «Schwachen» oder für die Rechtsfolge der Verletzung (auch) sozialschützender Schranken der Vertragsfreiheit gilt.

Bei den Artikeln 62 und 423 Absatz 1 OR handelt es sich aber nicht um Regeln über die Verletzung der Schranken der Vertragsfreiheit – wie bei den Artikeln 15 und 32 KKG – oder um unzulässiges Verhalten im Rahmen eines Vertrages – wie bei den Artikeln 336 ff. OR (wobei man die unbefugte Ausübung eines vertraglichen¹⁰⁹³ Gestaltungsrechts auch als «Anmassung» einer entsprechenden [unzulässigen]¹⁰⁹⁴ vertraglichen Vereinbarung betrachten kann, sodass die Fälle doch wieder ähnlich sind) –, sondern grundsätzlich um rechtswidriges¹⁰⁹⁵ Verhalten ausserhalb von Verträgen (was nicht

1091 Art. 419 und Art. 423 Abs. 1 OR. Allerdings ist «[systematisch betrachtet die Geschäftsanmassung [Art. 423 Abs. 1 OR] an sich kein Fall der Geschäftsführung [Art. 419 OR], weil die Absicht, «für einen anderen» zu handeln, fehlt» (WEBER R., BaKomm, Art. 423 OR N 2). Darauf kommt es hier aber nicht an.

1092 Vorn N 342.

1093 Das Recht zur fristlosen Entlassung ist regelmässig nicht vertraglich vorgesehen, kann also auch als gesetzliches Gestaltungsrecht betrachtet werden. Das Gleiche könnte man über das Recht zur Kündigung von Dauerschuldverhältnissen sagen. Ob sie sich aus dem (entsprechend Art. 2 Abs. 1 ZGB) ausgelegten oder ergänzten Vertrag ergeben (also «vertraglich» sind) oder aus einer Analogie zum Beispiel zu Art. 545 Abs. 2 OR (also «gesetzlich») sind, spielt keine Rolle. Die Übergänge sind wohl zumindest fließend.

1094 Die Vereinbarung eines Kündigungsrechts, dessen Ausübung kraft gesetzlicher Anordnung unzulässig ist, kann wohl auch nicht wirksam und zulässigerweise vereinbart werden; vgl. nur Art. 361 f. OR, wonach Art. 336 OR unabänderlich ist.

1095 Zwar nimmt die herrschende Lehre für die Art. 62 und 423 OR nicht die «Rechtswidrigkeitstheorie» an, sondern die «Zuweisungstheorie» (so für Art. 62 OR SCHULIN,

ausschliesst, dass jemand im Rahmen zum Beispiel eines Auftrags oder Lizenzvertrags seine Befugnisse überschreitet, dass also ein Tatbestand, der Ansprüche nach den Artikeln 62 oder 423 Absatz 1 OR auslöst, gleichzeitig eine Vertragsverletzung ist).

581 Die (für die Frage nach der vertraglichen Rechtsfolge der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen relevante) Wertung, die sich aus den Artikeln 62 und 423 Absatz 1 OR ergeben könnte, kann also nur sein, dass der Gesetzgeber allgemein für die Verletzung der Schranken der Privatautonomie überkompensatorische Rechtsfolge zu Präventionszwecken vorsieht.

2. Überkompensation

a. Artikel 62 ff. OR

582 Artikel 62 OR gibt einen Anspruch auf Herausgabe einer Bereicherung. Jedenfalls bei der Nichtleistungs- oder Eingriffskondition¹⁰⁹⁶ setzt dieser Anspruch nicht voraus, dass der Bereicherungsgläubiger – der «Verletzte» – entreichert wurde, dass also eine «Vermögensverschiebung» stattfand,¹⁰⁹⁷ vielmehr ist schon eine «Bereicherung auszugleichen, die der Bereicherte auf Kosten eines anderen erlangt hat».¹⁰⁹⁸

583 Aus Sicht der Differenzhypothese¹⁰⁹⁹ kann man den Verletzten als durch diesen Anspruch (oder jedenfalls durch dessen Erfüllung) bereichert betrachten, denn er hat ein grösseres Vermögen als zuvor. Nämlich muss er anders als bei der Deliktshaftung (Artikel 41 OR) keine entsprechende Vermögensminderung – keinen Schaden – erlitten haben. Allein auf den Vergleich zu Artikel 41 OR kann es aber nicht ankommen. Denn es muss sich nicht das ganze

Art. 62 OR N 19); vgl. auch BGE 133 III 153 Erw. 2.5 S. 160 (Herv. hinz.), wonach Fälle erfasst sind, in denen «der Verletzer ... *unrechtmässig* in die *geschützte Rechtssphäre*» eingreift, womit wohl auch das Bundesgericht der «Zuweisungstheorie» folgt. Unter dieser ist aber weiterhin rechtswidriges Verhalten *notwendig* (wie sich schon aus dem Zitierten ergibt); es ist einfach nicht *hinreichend*.

1096 Vgl. SCHULIN, Art. 62 OR N 9: «Die Frage der Erforderlichkeit der Vermögensverschiebung stellt sich insb[esondere] bei der Eingriffskondition.»

1097 Vgl. BGE 129 III 646 Erw. 4.2 S. 652: «Der Bereicherungsanspruch setzt [mit anderen Worten] nicht voraus, dass zwischen dem Bereicherungsgläubiger und dem Bereicherungsschuldner eine unmittelbare Vermögensverschiebung stattgefunden hat; auszugleichen ist vielmehr die Bereicherung, die der Schuldner auf Kosten eines anderen (im französischen Gesetzestext von Art. 62 Abs. 1 OR: *aux dépens d'autrui*) erlangt hat». Davon gehe aber ein Teil der Lehre aus (vgl. SCHULIN, Art. 62 OR N 8 Abs. 2). Vgl. aber wiederum BGE 133 III 153 Erw. 2.4 Abs. 3 S. 157: «[D]ie ungerechtfertigte Bereicherung [ist] auf die im Zusammenhang mit einer vorausgegangenen Vermögensverschiebung stehende Rückerstattung von Sachleistungen (wenn möglich in natura) hin konzipiert.»

1098 SCHULIN, Art. 62 OR N 8 Abs. 4 und N 8a.

1099 Vorn N 312 ff.

Obligationenrecht an Artikel 41 OR messen; vielmehr können Obligationen eben nicht nur durch (Vertrag und) Delikt, sondern auch durch eine ungerechtfertigte Bereicherung entstehen.¹¹⁰⁰ Die Annahme, die Rechtsfolge von Artikel 62 OR sei überkompensatorisch, scheint also nicht zwingend.¹¹⁰¹

b. Artikel 423 OR

Der Anspruch auf Herausgabe des Gewinns nach Artikel 423 Absatz 1 OR setzt 584 nicht voraus, dass der Gläubiger – der Verletzte – einen Schaden oder einen anderen Nachteil erlitten hat (im Gegenteil dürfte, wo dies der Fall ist, regelmässig gerade kein Gewinn des Verletzers vorliegen, sondern ein Schaden des Verletzten, also ein Fall der Deliktshaftung, oder eine Bereicherung, also ein Fall der Kondiktion).¹¹⁰²

Aus Sicht der Differenzhypothese¹¹⁰³ kann man den Verletzten auch als 585 durch diesen Anspruch (oder jedenfalls durch dessen Erfüllung) bereichert betrachten, denn er hat ein grösseres Vermögen als zuvor. Nämlich muss er anders als bei der Deliktshaftung (Artikel 41 OR) keine entsprechende Vermögenminderung – keinen Schaden – erlitten haben.¹¹⁰⁴ Auch hier gilt aber, dass nicht jeder obligationenrechtliche Anspruch einfach an Artikel 41 OR gemessen werden kann und muss. Man kann also auch den Anspruch aus Artikel 423 Absatz 1 OR als überkompensatorischen Anspruch betrachten;¹¹⁰⁵ zwingend ist das aber nicht.¹¹⁰⁶

1100 Zur Möglichkeit einer besonderen Begründung dieses Anspruchs vgl. hinten N 594.

1101 Es hängt natürlich auch davon ab, was man unter «überkompensatorisch» versteht. Dazu hinten N 588 ff.

1102 Im Entscheid vom 12. April 2006 im Verfahren 4C.290/2006, Erw. 3.1, nahm das Bundesgericht allerdings an, ein Gewinnherausgabeanspruch ergebe sich auch aus Art. 62 OR. Kritisch dazu ROBERTO, S. 31; vgl. auch S. 30.

1103 Vorn N 312 ff.

1104 Immerhin kann man den Gewinn des Verletzers auch als dem Verletzten entgangenen Gewinn betrachten (so TSCHANNEN E., S. 243 [«Die Gewinnabschöpfung setzt also einen eigentlichen Schaden im Sinne einer negativen Vermögensveränderung oder einen entgangenen Gewinn oder nicht realisierten Wertzuwachs voraus»]). Das hätte allerdings wohl zur Folge, dass der Gewinn nur herauszugeben ist, wenn dem Verletzten dieser Gewinn auch selber möglich gewesen wäre; eine Voraussetzung, die eher nicht besteht (dazu vorn N 305 ff.).

1105 TSCHANNEN E., S. 243 f., nimmt das allerdings nur dann an, wenn es um einen Gewinn geht, «den der Geschäftsherr nicht hätte realisieren können». Selbst dann handelt es sich aber um einen Gewinn, der ihm zusteht oder gebührt (TSCHANNEN E., S. 243, Ziff. 1), womit man den Anspruch auch dann als Kompensation betrachten kann. Ähnlich BOCK, N 10 ff. Zur Möglichkeit einer besonderen Begründung dieses Anspruchs vgl. hinten N 594.

1106 Zurückhaltend HEIZMANN, Strafe, N 633 ff., insbesondere N 636. Vgl. auch SCHMID, Gewinnherausgabe, S. 209. Er schlägt vor, eine Norm über die Gewinnherausgabe im

c. Zugewiesene Rechtsposition

586 Es wurde bereits ausgeführt, dass die Frage, welchen Interessenkonflikt eine Norm regelt, sich aus ihrem Tatbestand ergibt.¹¹⁰⁷ Nach der wohl herrschenden Lehre und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gilt sowohl für Artikel 62 und Artikel 423 Absatz 1 OR die «Zuweisungstheorie» (und nicht die «Rechtswidrigkeitstheorie»)¹¹⁰⁸. Ein Anspruch aus Artikel 62¹¹⁰⁹ und 423 Absatz 1 OR setzt also voraus, dass der Verletzer in eine dem Verletzten zugewiesene Rechtsposition eingreift. Daraus ergibt sich, welches der vom Gesetzgeber mit den Artikeln 62 und 423 Abs. 1 OR geregelte Interessenkonflikt ist: Es werden die Interessen desjenigen, dem eine Rechtsposition zugewiesen ist, und desjenigen, der in eine solche Rechtsposition eingreift, miteinander abgewogen.

587 Es wurde auch bereits ausgeführt, dass es bei der «zugewiesenen Rechtsposition» weniger darum geht, dass dem Berechtigten «etwas» zugewiesen ist, das (nur) er verwerten darf; sondern vielmehr darum, dass dem Berechtigten dasjenige zugewiesen ist, was aus der Verwertung entstehen kann, zum Beispiel Mieteinnahmen, die Dritte für das Bewohnen eines Hauses zahlen müssten,¹¹¹⁰ oder Gewinne aus der Nutzung von Immaterialgüterrechten.¹¹¹¹ Unter «Geltung» der Zuweisungstheorie muss man also annehmen, dass das Privatrecht (neben absoluten Rechten an bereits bestehenden Gütern) auch noch nicht bestehende «Güter» zuweist, nämlich noch nicht erzielte Gewinne und noch nicht geschuldete oder gar bezahlte Erlöse (wie eben Mieteinnahmen);¹¹¹² sie sind gewissermassen «bedingt» zugewiesen. Zwar gibt es keinen

Haftpflichtrecht aufzunehmen, äussert aber das Bedenken, dass «[d]amit ... freilich der haftpflichtrechtliche Grundsatz, dass nur Schäden auszugleichen sind und der Geschädigte nicht bereichert werden darf, relativiert [würde]». Es kommt also darauf an, womit man eine Norm über die Gewinnherausgabe vergleicht. Und mit dem Haftpflichtrecht darf man sie eben nicht vergleichen (vgl. dazu, dass «grundlegende schadensrechtliche Prinzipien im Bereicherungsrecht nicht gelten», PEUKERT, S. 409 ff.)

1107 Vorn N 552.

1108 Dazu vorn N 327.

1109 Im Folgenden wird jeweils auf Art. 62 OR hingewiesen, auch wenn die Ausführungen für die Leistungskonditionen möglicherweise nicht genau gelten (da dort möglicherweise eine «Entreicherung» [nicht zu verwechseln mit der «Entreicherung» im Sinn von Art. 64 OR] des Bereicherungsgläubigers nötig ist).

1110 Vgl. dazu BGE 126 III 69 (für eine Vertragsverletzung, dazu SCHMID, Gewinnherausgabe, S. 207) und BGE 129 III 422.

1111 Vgl. dazu BGE 132 III 379 und hinten N 595 ff.

1112 Vgl. VOGT, Sonderzivilrecht, S. 235, mit weiteren Hinweisen: zugewiesen sind «abstrakte Nutzungs- und Gewinnerzielungsmöglichkeiten». Nach PEUKERT, S. 57 f., zeichnen sich jedoch «Ausschliesslichkeitsrechte» durch «sekundäre Ansprüche ... auf ... Kondition des Erlangten sowie Herausgabe des Gewinns» aus; vgl. allerdings S. 424, wonach es um Rechtspositionen geht, «die ihm gebühren»; relevant sei, «dass eine

Anspruch für den Berechtigten auf irgendwelche Vermögenszuflüsse (gegen wen auch?); *wenn* aber solche Vermögenszuflüsse stattfinden oder Ansprüche auf solche entstehen – ein Anspruch auf den Mietzins (Artikel 257 OR), wenn jemand die Wohnung des Berechtigten vermietet, oder ein Anspruch auf den Kaufpreis (Artikel 184 Absatz 1 OR), wenn jemand ein Produkt verkauft, das das Immaterialgüterrecht eines Dritten verletzt –, sind sie dem Berechtigten (eben dem, dem sie *zugewiesen* sind) herauszugeben. Es geht also um unberechtigte – da dem «Zuweisungsgehalt» der zugewiesenen Rechtsposition widersprechende – Vermögenszuflüsse an den Verletzer.¹¹¹³ Die Ansprüche nach den Artikeln 62 ff. und 423 Absatz 1 OR führen also nur dazu, dass dem Verletzten zukommt, was (richtigerweise) gerade *ihm* (statt dem Schuldner) hätte zufließen sollen.¹¹¹⁴ Es geht also um «Kompensation» des fehlerhaften Zuflusses (oder Zufließens); der Anspruch ist damit nicht überkompensatorisch.

d. Zum Begriff «Überkompensation»

Vorn wurde ausgeführt, dass zu prüfen ist, ob eine Norm überkompensatorische (Verletzungs-) Rechtsfolgen vorsieht.¹¹¹⁵ Aufgrund des soeben Ausgeführten kann man aber erkennen, dass (und vor allem: weshalb) dieser Begriff nur teilweise berechtigt ist. 588

Schon aus dem Begriff selber – *Überkompensation* – ergibt sich, dass eine Vergleichsgrösse nötig ist;¹¹¹⁶ nur dann kann man ja entscheiden, ob die von einer Norm vorgesehene Rechtsfolge über diese Vergleichsgrösse hinausgeht, sie *übersteigt*. Diese Vergleichsgrösse ist die «Kompensation». 589

Rechtsposition dem Bereicherungsgläubiger einen Vermögenswert zuspricht» (S. 437); es gehe um die «Zuweisung des betroffenen Vermögensvorteils gerade zum Bereicherungsgläubiger: Nur er *darf* diesen Wert realisieren» (S. 460 [Herv. i.O.]). Zumindest für die in dieser Arbeit untersuchten Fragen spielt es aber keine Rolle, ob man eine bereits bestehende «Rechtsposition» oder nur künftige Entschädigungen und Gewinne als «zugewiesen» betrachtet. Zumindest insoweit ist es wohl (nur) eine Frage der Begriffe.

1113 Vgl. BGE 129 III 646 Erw. 3.2 S. 650, nach dem «das Institut der ungerechtfertigten Bereicherung ... die Korrektur einer mit dem materiellen Recht in Widerspruch stehenden, eben «ungerechtfertigten» Bereicherung [bezweckt]. Der irrtümlich erfolgten Leistung fehl[t] die innere Rechtfertigung, und ... die Grundlosigkeit der Leistung begründe[t] den Rückforderungsanspruch.» Nach BYDLINSKI, System, S. 235 (Herv. wegg.), geht es um «[t]atsächliche Vorgänge, die mit der rechtlich vorgegebenen Zuordnung wirtschaftlicher Güter ohne normative Rechtfertigung im Widerspruch stehen».

1114 BYDLINSKI, System, S. 235, spricht von der «Rückgabe oder Vergütung des zu Unrecht Erlangten», durch die die «[t]atsächliche[n] Vorgänge» «rückgängig zu machen» sind. Nach TSCHANNEN E., S. 243, «[soll d]em Geschädigten ... das zugewiesen werden, was ihm eigentlich zusteht oder zustehen würde (was ihm gebührt oder gebühren würde)».

1115 Vorn N 545 f.

1116 Vgl. VOGT, Sonderzivilrecht, S. 254.

«Überkompensieren» heisst «in übersteigertem Masse kompensieren». ¹¹¹⁷ «Kompensation» heisst «Ausgleichung», ¹¹¹⁸ «kompensieren» entsprechend «ausgleichen». ¹¹¹⁹ «Ausgleich» wiederum ist «das Ausgleichen von Ungleichheiten», «Herstellung eines Gleichgewichts, einer Übereinstimmung», «Entschädigung, Ersatz». ¹¹²⁰ «Kompensation» ist also nur dort möglich, wo es überhaupt etwas «auszugleichen» gibt. Man kann das also so verstehen, dass beim Gläubiger ein «Weniger» vorliegen muss, das ausgeglichen wird. Dann wäre «Kompensation» nur Schadenersatz; Herausgabe von Bereicherung und Gewinn wären dann (definitionsgemäss) überkompensatorisch, weil in beiden Fällen ein «Weniger» beim Gläubiger nicht vorausgesetzt ist. Es wurde aber auch schon ausgeführt, dass nicht das ganze Obligationen- oder Privatrecht an Artikel 41 OR zu messen ist, ¹¹²¹ sondern der Gesetzgeber daneben – aus anderen Gründen – weitere Ansprüche und Anspruchsgrundlagen vorsehen kann. Wenn man solche Ansprüche an Artikel 41 OR – oder genauer: am Schadensbegriff des Deliktsrechts – misst, spricht man diesen weiteren Ansprüchen selbständige Bedeutung ab (und damit in letzter Konsequenz dem Gesetzgeber die Berechtigung, neben Grundlagen für Schadenersatzansprüche auch andere [ausservertragliche] Anspruchsgrundlagen vorzusehen). Bei den Ansprüchen nach den Artikeln 62 ff. und 423 Absatz 1 OR handelt es sich also nicht um Kompensation, aber auch nicht um Überkompensation. Sondern es handelt sich einfach um «Nicht-Kompensation» (man könnte auch sagen «auserkompensatorische Ansprüche») (sondern vielmehr eben um Restitution bei den Artikeln 62 ff. und um Abschöpfung bei Artikel 423 Absatz 1 OR [vgl. dazu BGE 133 III 153 Erw. 2.4 S. 157]). Die Ansprüche auf Herausgabe von Bereicherung und Gewinn bezwecken und bewirken also gar nicht (mehr oder weniger [als]) Kompensation; es kann also auch nicht gesagt werden, es sei mehr oder weniger (als) Kompensation (sondern es ist eben einfach etwas *anderes*). ¹¹²²

1117 DUDEN, «überkompensieren» (S. 1813). (Man könnte das so verstehen, dass es also immer noch um kompensieren geht. Hier wird «überkompensieren» aber eher als mehr als – und damit etwas anderes als – kompensieren verstanden.)

1118 DUDEN, «Kompensation» (S. 1031).

1119 DUDEN, «kompensieren» (S. 1031).

1120 DUDEN, «Ausgleich» (S. 223).

1121 Vorn N 583.

1122 Natürlich kann gesagt werden, ob ein Anspruch, der zum Beispiel bei Verletzung eines Immaterialgüterrechts als Bereicherungs- oder Gewinnherausgabe besteht, im (Geld-) Betrag grösser oder kleiner ist als ein Anspruch auf Schadenersatz (zum Beispiel wegen «Marktverwirrung» [vgl. für das UWG DOMEJ, Art. 9 UWG N 45; VOGT, Sonderzivilrecht, S. 235 Fn. 33]), der sich aus der gleichen «Anmassung» ergibt. Darauf kommt es aber nicht an (vgl. PEUKERT, S. 409 f.). Weiter wird es eine «Schnittmenge» zwischen einer «Entreicherung» (die die Bereicherungshaftung zwar nicht voraussetzt, die

Statt von «überkompensatorisch» könnte man von «übermässig» sprechen. Denn es kommt nur darauf an, ob die Verletzungsrechtsfolge mehr bewirkt als die Korrektur des von der Rechtsordnung verpönten Zustands.¹¹²³ Und zumindest, solange ausreichende Gründe vorliegen, dass der durch den Anspruch begründete Zustand dem Zustand vorzuziehen ist, der ohne diesen Anspruch bestünde, ist dieser Anspruch eben gerade nicht «übermässig». Damit ist nicht gesagt, dass es überhaupt keine in diesem Sinne übermässigen Rechtsfolgen geben kann. Als solche muss man Ansprüche aber nur dort betrachten, wo es keine ausreichenden Gründe gibt, dass ein Anspruch besteht, oder jedenfalls nicht dafür, dass er gerade in einem bestimmten Umfang besteht oder dass er gerade einer bestimmten Person zusteht.¹¹²⁴ Das ist zum Beispiel denkbar bei «punitive damages», die einfach ein Mehrfaches

aber trotzdem bestehen kann) und einem Schaden geben, bei der zu entscheiden ist, wie weit Ansprüche zu kumulieren sind (vgl. dazu ROBERTO, S. 32, für Art. 28a Abs. 3 ZGB INDERKUM, N 160 f.). Auch das spielt aber keine Rolle. Auch eine «positive Vertragsverletzung» kann zu deliktischen und vertraglichen Ansprüchen führen, die einerseits nur Kompensation, andererseits aber das positive (Erfüllungs-)Interesse betreffen können; ob (der Anspruch auf) das Erfüllungsinteresse «überkompensatorisch» ist, spielt hier genauso wenig eine Rolle. Zum Verhältnis von Schaden und Gewinn vgl. auch BGE 133 III 153 Erw. 2.1-2.3 S. 156 f. und Erw. 2.5 S. 159 f. und ROBERTO, S. 27 f. Dieser geht allerdings dennoch davon aus, Gewinn sei (regelmässig) mehr als der Schaden (S. 28) und leitet daraus in einem – an sich durchaus konsequenten – «Erst recht»-Schluss ab, dass für Gewinnherausgabe Verschulden nötig sei, wenn das schon für einen Schadenersatzanspruch nötig ist (S. 31 f.). Dass Gewinnherausgabe im Betrag mehr sein kann als ein Schadenersatzanspruch, heisst aber nicht, dass er deshalb ein «Mehr» der gleichen Rechtsfolge ist; *deshalb* scheint dieser «Erst recht»-Schluss nicht zwingend. Käme es allein auf die Höhe des Geldbetrages an, müsste konsequenterweise ein Anspruch auf Gewinnherausgabe immer dann auch ohne Verschulden zugelassen werden, wenn er betragsmässig kleiner ist als der entstandene Schaden (und er entweder neben einem Schadenersatzanspruch geschuldet ist, da es ja um unterschiedliche Sachverhalte und Tatbestände geht, oder ein Schadenersatz mangels Beweises nicht zuzusprechen ist). Eine solche Differenzierung scheint nicht sachgerecht. Dieser Schluss aber auch bei SCHMID, Gewinnherausgabe, S. 206, auch S. 208. Vgl. auch BARNIKOL, S. 158, aber wiederum S. 159.

1123 Bei Art. 41 OR ist dieser «Zustand» der Schaden an einem Rechtsgut, bei Art. 62 ff. und 423 Abs. 1 OR der Vermögenszufluss und daraus folgende -bestand, der dem «Zuweisungsgehalt» widerspricht.

1124 Für die Frage, wem ein Anspruch zustehen soll, kommt es nach BYDLINSKI, System, S. 95 f. (Herv. i.O.), darauf an, «dass eine privatrechtliche Regelung mit dem Blick auf das individuelle Verhältnis der unmittelbaren Normadressaten (nicht unbedingt voll, sondern) soweit gerechtfertigt werden kann, dass sie für dieses Verhältnis als (vielleicht gerade noch) *vertretbar* begründet wird». Er nennt das das «Prinzip der relativen (zweiseitigen) Rechtfertigung» (Titel zu S. 92 ff.), und zwar in seiner «[s]chwache[n] Fassung» (Titel zu S. 95 ff.). Über das Mass des Anspruchs ergibt sich daraus allerdings nichts – und damit auch nicht für die Frage, ob ein Anspruch «übermässig» ist. Vgl. dazu, dass die Frage, wem ein Anspruch zusteht, beeinflusst, ob er überkompensatorisch ist, hinten N 647.

des Schadens betragen und möglicherweise (auch) Gewinne abschöpfen sollen, die aber nicht auf Kosten des Geschädigten erzielt wurden;¹¹²⁵ oder bei Bereicherungs- oder Gewinnherausgabeansprüchen, die einfach ein Mehrfaches dessen betragen, was bei rechtmässigem Verhalten geschuldet gewesen wäre.¹¹²⁶

591 Trotzdem soll hier der Begriff «überkompensatorisch» verwendet werden. Denn auch bei Ansprüchen auf Herausgabe von Bereicherung oder Gewinn geht es ja immerhin insofern um «Ausgleich», als gerade (und eben auch nur) das herauszugeben ist, was «falsch» zugeflossen ist. Zudem kann die Erkenntnis, dass ein Anspruch mehr als nur «Kompensation» im engeren Sinn («Schadensausgleich») ist, immerhin ein Indiz dafür sein, dass eine Rechtsfolge «übermässig» ist.

3. Präventionszweck

592 Heizmann führt aus, «dass dem Rechtsinstitut zwar durchaus ein präventiver Zweck zukommt, der Verletzer aber insgesamt betrachtet nicht zwingend eine gerade auf ihn als ‹Täter› zielende Vermögenseinbusse erleiden muss»¹¹²⁷. Tschannen E. sieht zumindest Artikel 423 Absatz 1 OR als «Gewinnabschöpfung zu Präventionszwecken», «jedenfalls dann, wenn die Kompensation als Produkt von Entdeckungswahrscheinlichkeit und Höhe der Abschreckung kleiner ist, als der tatsächlich aus der Rechtsgutverletzung realisierbare wirtschaftliche Nutzen».¹¹²⁸ Bürgi-Wyss sieht in Artikel 423 Absatz 1 OR einen «negativen Anreiz», was nichts anderes ist als (zumindest) Prävention(-swirkung),

1125 Zwei Beispiele für die Berechnung von «punitive damages» (teilweise) anhand ersparter Kosten (die man wiederum als herauszugebende Bereicherung oder gar als herauszugebenden Gewinn betrachten mag) bei ROBERTO, S. 28. Vgl. auch VOGT, Sonderzivilrecht, S. 252: «[N]icht jede auf mehr als Ausgleich einer Vermögenseinbusse abzielende Geldleistung ist mit dem Siegel der ‹punitive damages› aus unserer Privatrechtsordnung zu verbannen.»

1126 So der in BGE 122 III 463 Erw. 5.c.cc S. 467 erwähnte Tarif der Suisa. In diesem Entscheid wurde die Zulässigkeit der darin vorgesehenen Verdoppelung der Abgabe offengelassen. Vgl. aber den Entscheid des Bundesgerichts vom 20. Juni 1997 im Verfahren 2A.539/1996 (abgedruckt in sic! 1998, S. 33 ff.), Erw. 6.a (S. 38): «Gemäss Ziffer 18 GT S werden die im Tarif festgelegten Vergütungen verdoppelt, wenn ein Sender absichtlich oder grobfahrlässig unrichtige oder lückenhafte Angaben oder Abrechnungen liefert. Dies ist nicht zu beanstanden, entsteht den Verwertungsgesellschaften dadurch doch ein erhöhter Verwaltungsaufwand.» Vgl. für Deutschland («Gema-Rechtsprechung») WAGNER, S. 376 ff. Vgl. auch HEIZMANN, N 639 am Ende, der diesen «Zuschlag» aber als vertraglich vorgesehenen Verletzerzuschlag behandelt und deshalb nicht als «Strafe» des Privatrechts betrachtet.

1127 HEIZMANN, Strafe, N 636, nicht nur, wenn auch hauptsächlich, im Zusammenhang mit Art. 423 Abs. 1 OR, aber auch mit Art. 62 ff. OR, vgl. N 633.

1128 TSCHANNEN E., S. 243, (Titel zu) Ziff. 2.

und verweist auf einen «Präventionsgedanke[n]». ¹¹²⁹ Betrachtet man diese Ansprüche als überkompensatorisch, lässt sich das wohl nur mit einem Präventionszweck begründen.

4. Zwischenergebnis

Die Ansprüche nach den **Artikeln 62 ff. OR** und insbesondere nach **Artikel 423 Absatz 1 OR** können als überkompensatorisch betrachtet werden, doch ist das nicht zwingend. Das Gleiche gilt für die Frage, ob sie Prävention bezwecken. Sie können also nicht zwingend als Begründung für die Annahme dienen, dass die Verletzung der Schranken der Privatautonomie stets (zu Präventionszwecken) überkompensatorische Rechtsfolgen nach sich zieht; damit also auch nicht für die Annahme, dass vertragliche Rechtsfolge der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen eine erweiterte Unwirksamkeit ist. Wie es sich damit genau verhält, kann jedoch offenbleiben. Denn es wird sich zeigen, dass, selbst wenn man eine solche Wertung aus den **Artikeln 62 ff. und 423 Absatz 1 OR** ableiten will, der Gesetzgeber diese für einen besonderen Interessenkonflikt vorgenommen hat.

5. Betroffener Interessenkonflikt

Es geht bei den **Artikeln 62 ff. und 423 Absatz 1 OR** um zugewiesene Rechtspositionen. Der Schutz zugewiesener Rechtspositionen kann dem Gesetzgeber wichtiger scheinen als der Schutz allgemeiner Verhaltensnormen. So ist zum Beispiel die Verletzung von «Material»- und Immaterialgütern auch durch das Strafrecht geschützt; ¹¹³⁰ die Verletzung allgemeiner (privatrechtlicher) Verhaltensnormen ¹¹³¹ allerdings nicht. Damit scheint der Schutz solcher Güter dem Gesetzgeber «wichtiger» als der Schutz allgemeiner Verhaltensnormen. ¹¹³² Dass der Gesetzgeber den Schutz zugewiesener Rechtspositionen *auch* – wenn man annimmt, dass er das tut – mit überkompensatorischen Rechtsfolgen bewirken will, kann also durch besondere Gründe – eben die

1129 BÜRGI-WYSS, S. 212f.

1130 Art. 137 ff. StGB, bei denen es zwar nicht nur, aber doch hauptsächlich um Sachen geht; für Immaterialgüterrechte zum Beispiel Art. 67 ff. URG, Art. 81 ff. PatG und Art. 61 ff. MSchG.

1131 Wie namentlich die Verletzung von Art. 8 UWG (Art. 23 Abs. 1 UWG *e contrario*).

1132 Es geht hier also um die Ranghöhe eines Wertes oder die Rangordnung der Werte; dazu HUBMANN, Wertung, S. 20 ff., und HUBMANN, Grundsätze, S. 63 ff. Dabei «kann aus der Anerkennung eines subjektiven Rechts gefolgert werden, dass das Gesetz das ihm zugrunde liegende Interesse an sich für wertvoll und schutzwürdig hält» (HUBMANN, Grundsätze, S. 64). Absolute Rechte sind subjektive Rechte; aus allgemeinen Verhaltensnormen (wie Art. 8 UWG) ergeben sich hingegen keine subjektiven Rechte; und «zugewiesene Rechtspositionen» dürften eine Stellung dazwischen einnehmen.

Höherwertigkeit zugewiesener Rechtspositionen gegenüber allgemeinen Verhaltensnormen – begründet werden.¹¹³³ Es muss deshalb nicht als allgemeine gesetzgeberische Wertung betrachtet werden, aus der sich ergibt, dass alle privatrechtlichen Verhaltensnormen durch überkompensatorische Verletzungsrechtsfolgen präventiv geschützt werden. Eine zugewiesene Rechtsposition – für die der Gesetzgeber regelmässig strafrechtliche und eben möglicherweise auch überkompensatorische zivilrechtliche Rechtsfolgen vorsieht – begründet Artikel 8 UWG gerade nicht.¹¹³⁴

IV. Insbesondere: Immaterialgüterrecht

1. Allgemeines

- 595 Ein wichtiger Anwendungsbereich des Bereicherungsrechts und der Geschäftsanmassung ist das Immaterialgüterrecht.¹¹³⁵ Es rechtfertigt sich deshalb, die «Ausprägungen», die für die Artikel 62 und 423 Absatz 1 OR im Zusammenhang mit Immaterialgüterrechten (und deren Verletzung) in Betracht gezogen werden, separat zu betrachten. Es ist deshalb im Folgenden darzustellen, welche Rechtsfolgen die Verletzung von Immaterialgütern – die wie die Verletzung von Artikel 8 UWG die Verletzung einer Verhaltenspflicht ist¹¹³⁶ – nach sich zieht und ob sich daraus eine relevante Wertung ergibt.

1133 Vgl. BÜRGI-WYSS, S. 41 (Herv. hinz.): «Die gelegentlich vorgebrachte Behauptung, eine solche Gewinnabschöpfungsregelung stehe im Widerspruch zum Gedanken der Privatautonomie, zum Geist des schweizerischen Privatrechts oder zur liberalen Wirtschaftsordnung, ist dabei ein Scheinargument: Der Schutz der wettbewerbsrechtlichen Rahmenordnung, dem auch präventive Massnahmen gegen Rechtsverletzungen zuzuordnen sind, entspricht nämlich durchaus einem ordoliberalen Wirtschaftsverständnis.»

1134 Vorn N 327 ff. Dass das seinerseits Ausdruck und Ergebnis einer Wertung ist, spielt keine Rolle. Denn mit der (Wertungs-)Entscheidung, ob sich aus einer Verhaltensnorm eine zugewiesene Rechtsposition ergibt, entscheidet der Gesetzgeber eben auch (und gerade) darüber, ob Vermögenszuflüsse «zugewiesen» sind und damit «zuweisungs-widrige» Vermögenszuflüsse herauszugeben sind. Vgl. dazu, dass subjektive Rechte auf einer Wertung basieren, CANARIS, Systemdenken, S. 50; das Gleiche muss dann wohl für die Zuweisung von Rechtspositionen gelten. Dazu, dass die Frage, ob eine zugewiesene Rechtsposition besteht, sich nicht aufgrund der Art. 41, 62 ff. und 423 Abs. 1 OR ergibt (sondern hier eben aufgrund von Art. 8 UWG ergeben müsste) PEUKERT, S. 311 f.: Es gehe nicht um «interne Generierung der Rechtsfolgen», sondern um ein «externes Tatbestandsmerkmal»; vgl. auch S. 237. Vgl. auch ALEXANDER, S. 441: «Wettbewerb kennt typischerweise keine festen und gegen Zugriff geschützten Zuständigkeitssphären. Wer unlauter oder kartellrechtswidrig handelt, führt damit in aller Regel kein fremdes Geschäft, sondern nimmt eine Handlung vor, die von Rechts wegen ganz zu unterbleiben hat.»

1135 Für die Geschäftsanmassung WEBER R., BaKomm, Art. 423 OR N 3 Spiegelstrich 4 am Ende.

1136 Vgl. nur BREHM/BERGER, § 1 N 13 (Herv. hinz.): «Kraft objektiven Rechts hat jedermann die Verhaltenspflicht, fremdes Eigentum zu respektieren.» Für Immaterialgüterrechte ist das nicht anders.

2. Systemkonforme Ansprüche bei Verletzung von Immaterialgütern

Vogt geht davon aus, dass «die vermögensrechtlichen Sanktionen einer Immaterialgüterrechtsverletzung derart auszugestalten sind, dass sie ungeachtet einer konkret feststellbaren Vermögensveränderung auf der Seite eines Beteiligten zum Zuge kommen – dem entspricht die Lizenzanalogie – und auch immaterielle Beeinträchtigungen und Vorteile ausgleichen – das leistet der Verletzerzuschlag»¹¹³⁷. Trifft das zu, könnte sich aus der Wertung, die einer solchen Rechtsfolgeordnung zugrunde liegt, ergeben, dass Rechtsfolge der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen eine erweiterte Unwirksamkeit ist. Denn diese wurde abgelehnt, weil weder ein Schaden beim Konsumenten noch eine (herauszubehaltende) Bereicherung oder ein (herauszubehaltender) Gewinn vorliegen; ist aber eine «konkret feststellbare Vermögensveränderung auf der Seite eines Beteiligten» nicht nötig, verlieren diese Gegenargumente an Bedeutung. Und wenn «auch immaterielle Beeinträchtigungen und Vorteile aus[zugleichen] sind, scheint eine «Entschädigung» für die Verletzung der allgemeinen Verhaltenspflicht, die sich aus Artikel 8 UWG ergibt, nicht mehr unzulässig. Vielmehr wäre dann bereits die Begründung eines Erwartungswerts zugunsten des Verletzers¹¹³⁸ ausgleichsfähig.

Vogt begründet seine Annahme, dass Rechtsfolge der Verletzung von Immaterialgüterrechten einerseits eine Lizenzanalogie und andererseits ein Verletzerzuschlag sei, mit dem Erfordernis, «zwischen der Immaterialgüterrechtsordnung und der Ordnung der dinglichen Rechte» «Konformität der Wertungen» herzustellen (und zwar «hinsichtlich ihres Schutzes durch Sekundärobligationen»).¹¹³⁹ Es gilt also hier, was schon zu den Artikeln 62 ff. und 423 Absatz 1 OR allgemein ausgeführt wurde. Das Privatrecht (samt eines allfälligen Sonderprivatrechts für Immaterialgüter) mag die Wertung enthalten, dass die Rechtsfolge der Verletzung absoluter Rechte so oder anders ausgestaltet sein soll. Für die Frage, was die Rechtsfolge der Verletzung allgemeiner Verhaltenspflichten (wie eben von Artikel 8 UWG) gelten soll, ist diese Wertung nicht relevant.¹¹⁴⁰

1137 VOGT, Sonderzivilrecht, S. 242 (Herv. wegg.).

1138 Vgl. dazu vorn N 315 f. und vorn N 320.

1139 VOGT, Sonderzivilrecht, S. 242.

1140 Im Übrigen hat das Bundesgericht die Ansicht von Vogt, jedenfalls was die Lizenzanalogie angeht, verworfen (BGE 132 III 379 Erw. 3.3.4 S. 384 f.), ohne sich jedoch mit der Frage der Systemkonformität zu befassen.

3. Weitere immaterialgüterrechtliche Besonderheiten

598 «In der schweizerischen Praxis sind heute drei Möglichkeiten anerkannt, den Schaden einer Patentverletzung zu beziffern, nämlich der Nachweis des effektiven Schadens, die Lizenzanalogie und der Analogieschluss aus dem Gewinn des Verletzers.»¹¹⁴¹

599 Soweit sich dabei Unterschiede zu den allgemeinen Regeln der Artikel 62 ff. und 423 Absatz 1 OR zeigen, die sich nicht unmittelbar aus diesen Normen ergeben, handelt es sich allerdings nicht unmittelbar um gesetzliche Wertungen, da diese «Methoden der Schadensberechnung» nicht in Gesetzen niedergelegt sind, sondern von Lehre und Rechtsprechung entwickelt wurden. Andererseits ergeben sich auch die bereits dargestellten «allgemeinen» Regeln nicht zwingend (und damit «unmittelbar») aus den Artikeln 62 ff. und 423 Absatz 1 OR, sondern sind ebenfalls durch Lehre und Rechtsprechung geschaffene Regeln. Insofern ist der Übergang zwischen «allgemeinen» Regeln (die sich mehr oder weniger unmittelbar aus dem Gesetz ergeben) und «besonderen» Regeln für die Verletzung von Immaterialgüterrechten (die sich weniger unmittelbar aus dem Gesetz ergeben) wohl nur ein fließender. Bei den Artikeln 62 und 423 Absatz 1 OR handelt es sich allerdings um Generalklauseln, die für verschiedene Fälle verschiedene «Ausprägungen» erhalten können. Wenn die Rechtsprechung diese «Ausprägungen» aufdeckt, können diese wie die «allgemeinen» Regeln über diese Normen Quellen von Wertungen sein.¹¹⁴² Da sich aus der vom Bundesgericht angenommenen Rechtslage über die Schadensberechnung bei Verletzung von Immaterialgüterrechten für die vorliegend zu beantwortende Frage aber ohnehin nichts ergeben wird,¹¹⁴³ kann diese Frage offenbleiben.

1141 BGE 132 III 379 Erw. 3.2 S. 382.

1142 Vgl. CANARIS, Systemdenken, S. 69 ff. Er verneint den Rechtsquellencharakter der Rechtsprechung, verweist aber darauf, dass die Rechtsprechung, auch wenn sie Recht fortbildet, «davon aus[geht], dass die zugrunde gelegten Rechtssätze nicht erst durch den Richterspruch Geltung erlangen, sondern diese bereits vorher besitzen und also lediglich «aufgefunden» werden».

1143 Was ohnehin dann der Fall wäre, wenn man mit VOGT, Sonderzivilrecht, passim, annimmt, es handle sich beim Immaterialgüterrecht um Sonderprivatrecht; denn dann sind die dafür geltenden Regeln eben nicht allgemeine Regeln. Zur Frage, ob es ein solches Sonderprivatrecht gibt, vgl. BYDLINSKI, System, S. 513 ff., und REYMANN, S. 103 ff. Wie es sich damit verhält und was überhaupt die Bedeutung der Annahme eines Sonderprivatrechts für die Rechtsfindung ist, muss hier nicht untersucht werden. Zu «Sonderprivatrechten» auch vorn Fn. 1058 und hinten Fn. 1327.

a. «Nachweis des effektiven Schadens»

Es handelt sich hier um nichts anderes als die Anwendung von Artikel 41 Absatz 1 OR ohne «immateriälgüterrechtliche Besonderheiten». Dabei kann es sich namentlich um entgangenen Gewinn handeln, «wenn das Auftauchen von patentverletzenden Produkten auf dem Markt zu einem Umsatzeinbruch ... bei den mit Zustimmung des Patentinhabers vermarkteten Produkten geführt hat». ¹¹⁴⁴ Daraus ergibt sich keine besondere Wertung.

b. Lizenzanalogie

«Die Schadensbezifferung anhand der Methode der Lizenzanalogie bedeutet, dass der Verletzer dem Schutzrechtsinhaber Schadenersatz zu leisten hat in der Höhe der Vergütung, die beim Abschluss eines Lizenzvertrages über das betreffende Schutzrecht von vernünftigen Vertragspartnern vereinbart worden wäre.» ¹¹⁴⁵

Zu entscheiden hatte das Bundesgericht die Frage, ob ein Ersatz ¹¹⁴⁶ auch geschuldet ist, wenn ein Schaden gar nicht vorliegt. Wäre das der Fall gewesen, hätte man darin eine überkompensatorische Rechtsfolge (mit Präventionszweck) sehen können. Mögliche Begründung für einen solchen (von einem Schaden unabhängigen) Anspruch hätte die Annahme einer Lücke im Sanktionensystem – sodass «[n]ach der Methode der Lizenzanalogie Schadenersatz auch ohne Vermögensverminderung zugesprochen werde» ¹¹⁴⁷ – sein können. Das Bundesgericht lehnte einen solchen Anspruch jedoch mit Verweis auf den Schadensbegriff des OR ab ¹¹⁴⁸ und mit dem Verweis darauf, dass eine solche Regelung in der Vernehmlassung auf Opposition gestossen sei. ¹¹⁴⁹

Damit gibt es auch im Immaterialgüterrecht (jedenfalls insoweit) keine überkompensatorischen Rechtsfolgen (mit Präventionszwecken).

Denkbar wäre allerdings, dass ein Anspruch auf eine «hypothetische Lizenzgebühr» (also die Berechnung eines Anspruchs durch «Lizenzanalogie»)

¹¹⁴⁴ BGE 132 III 379 Erw. 3.2.1 S. 382. Für andere Immaterialgüterrechte gilt das ebenfalls.

¹¹⁴⁵ BGE 132 III 379 Erw. 3.2.2 S. 382. Zustimmend zur «Schadensberechnung nach der Lizenzanalogie» auch für das UWG, «soweit sie auf einen Sachverhalt passt», SPITZ, Art. 9 UWG N 145.

¹¹⁴⁶ Nicht «Schadenersatz»; denn ob ein Anspruch des Verletzten sich auf Art. 41 oder 62 oder 423 Abs. 1 OR stützt oder ob es sich – wie bei der *culpa in contrahendo* – um eine eigene Grundlage handelt, ist hier nicht von Bedeutung. Vgl. auch BGE 122 III 463 Erw. 5.c.cc S. 467, wo von «Schadens- und Ersatzbemessung» die Rede ist.

¹¹⁴⁷ BGE 132 III 379 Erw. 3.3.2 S. 383.

¹¹⁴⁸ BGE 132 III 379 Erw. 3.3.3 S. 384. Gegen eine Berechnung des Schadens aufgrund einer Lizenzanalogie auch ROBERTO, S. 24 ff., insbesondere S. 27.

¹¹⁴⁹ BGE 132 III 379 Erw. 3.3.4 S. 385.

sich nicht aus Artikel 41 Absatz 1 OR ergibt (also als [normativer] Schaden zu ersetzen ist), sondern als Bereicherungsanspruch geschuldet ist.¹¹⁵⁰ Das spielt aber hier keine Rolle, da es sich dabei nicht um mehr handelt, als Artikel 62 OR auch «im Allgemeinen» vorsehen würde, und dies ist keine überkompensatorische Rechtsfolge (mit Präventionszweck)¹¹⁵¹. Und selbst wenn man das doch annimmt, geht es auch hier um Fälle zugewiesener Rechtspositionen (nämlich von Immaterialgüterrechten) (und nicht allgemein um die Verletzung von Verhaltenspflichten).

c. Gewinnherausgabe

- 605 Der Anspruch des Verletzten auf Gewinnherausgabe ist ein «Sonderfall der unechten Geschäftsführung ohne Auftrag»; es ist «genau genommen nicht Ersatz für einen Schaden des Patentinhabers, sondern Herausgabe der dem auftragslosen Geschäftsführer entstandenen Vorteile».¹¹⁵² Der Anspruch auf Gewinnherausgabe richtet sich nach Artikel 423 Absatz 1 OR. «Immaterialgüterrechtliche Besonderheiten» bestehen dabei nicht. Damit ist der Anspruch auf Gewinnherausgabe auch in seiner «immaterialgüterrechtlichen Ausprägung» keine überkompensatorische Rechtsfolge mit Präventionszweck.¹¹⁵³
- 606 Ob die Rechtsfolge überkompensatorisch ist, hängt nicht nur vom Grundsatz ab, ob ein Anspruch auf Gewinnherausgabe besteht, sondern auch davon, wie dieser bemessen wird, was wiederum davon abhängt, von welchem

1150 Mit Verweis auf BGE 132 III 379 eher zweifelnd SCHWEIZER M., Art. 73 PatG N 35 ff. (S. 231f). Vgl. auch VOGT, Sonderzivilrecht, S. 243, der darauf hinweist, dass in den von ihm zitierten Entscheidungen (BGE 122 III 463; Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 13. November 1995 im Verfahren LK950008-O) «[e]ine andere rechtliche Fundierung der nach der Lizenzanalogie errechneten Vergütung ... nicht erwogen [wurde]». Für ALEXANDER, S. 263, «[liegt d]ie gedankliche Nähe zur Eingriffskondition auf der Hand». VOGT, Sonderzivilrecht, S. 254, weist in diesem Zusammenhang auf die Möglichkeit eines faktischen Vertragsverhältnisses hin. In BGE 63 II 368 wurde ein «mietvertragsähnliches Verhältnis angenommen» (Erw. 2 S. 371), das zu einer «eigentliche[n] Mietzinsforderung» führe (Erw. 2 S. 372). In BGE 119 II 437 Erw. 3.b.cc S. 442 nahm das Bundesgericht einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung an (unter anderem mit Verweis auf Art. 940 ZGB). Vgl. aber auch BGE 131 III 257. Zum Zusammenhang zwischen faktischen Vertragsverhältnissen einerseits und dem Bereicherungsrecht und der Geschäftsführung ohne Auftrag andererseits vgl. nur BUCHER, OR AT, S. 269 ff., insbesondere S. 272.

1151 Vgl. WAGNER, S. 374, der darauf hinweist, dass die hypothetische Lizenzgebühr keine Abschreckung bewirkt.

1152 BGE 132 III 379 Erw. 3.2.3 S. 382 f.

1153 WAGNER, S. 385 unten, geht allerdings davon aus, die Abschöpfung des Gewinns diene dem Präventionsgedanken genug. Dass dem Anspruch Präventionswirkung zukommt, mag sein, spielt aber keine Rolle (vgl. vorn N 548 ff.). Selbst ob ihm ein Präventionszweck zukommt, spielt keine Rolle, solange zu dessen Verwirklichung nicht überkompensatorische Rechtsfolgen vorgesehen sind (was nicht der Fall ist) (dazu vorn N 583 und vorn N 585).

Gewinn man im Grundsatz ausgeht und welche Abzüge davon zugelassen werden. Herauszugeben ist der Nettogewinn,¹¹⁵⁴ abziehbar sind namentlich die Fixkosten.¹¹⁵⁵ Gemäss Wagner würde der Bundesgerichtshof präventive Wirkung bejahen, um so die Abzugsfähigkeit von Kosten einzuschränken, während einer «kleingerechneten» Gewinnabschöpfung keine Präventivwirkung zukomme.¹¹⁵⁶ Eine solche Tendenz ist in der Schweiz nicht ersichtlich. Es wäre zudem fraglich, ob sich aus ihr – als Rechtsprechung – eine *gesetzliche* Wertung ableiten liesse. Zudem kann eine Gewinnberechnung, die mit Blick auf eine Präventionswirkung vorgenommen wird, nicht *Grundlage* eines Prinzips sein (nach dem Verletzungsrechtsfolgen aus Präventionsgründen überkompensatorisch sein sollen), sondern nur *Folge* davon (als solche aber immerhin *Ausdruck* eines solchen Prinzips); wie der herauszugebende Gewinn zu berechnen ist, hängt also erst davon ab, *ob* dieser Prävention bezwecken soll und überkompensatorisch sein soll.

d. Verletzerzuschlag

«Das Obergericht geht von der Überlegung aus, die Methode der Lizenzanalogie stelle rechtmässige und widerrechtliche Benützungen eines geschützten Werks vergütungsmässig gleich und privilegiere damit den Rechtsverletzer. Vorab aus Überlegungen der Generalprävention rechtfertige sich daher, die für eine widerrechtliche Werkbenützung geschuldete Entschädigung höher als eine hypothetische Lizenzgebühr anzusetzen, womit der Genugtuungsgedanke in die Ausgleichsfunktion integriert und ein pönales Element in die Schadenersatzbemessung einbezogen werden könnte.»¹¹⁵⁷ Ist ein solcher Verletzerzuschlag geschuldet, kann man das als Überkompensation betrachten,¹¹⁵⁸ die wiederum Prävention bezwecken kann.

1154 Für die Verletzung einer Marke STAUB, Art. 55 MSchG N 116.

1155 STAUB, Art. 55 MSchG N 117, mit Verweis auf BGE 134 III 306. Im Detail SCHWEIZER M., Art. 73 PatG N 25 ff.; er erwähnt weder Prävention noch Überkompensation als Kriterien für die Bemessung.

1156 WAGNER, S. 376.

1157 BGE 122 III 463 Erw. 5. c. bb S. 465. VOGT, Sonderzivilrecht, S. 252 und S. 254 Fn. 176, geht hingegen davon aus, dass ein Verletzerzuschlag nicht «pönal» begründet werden muss.

1158 VOGT, Sonderzivilrecht, betrachtet ihn hingegen als Teil einer angemessenen Vergütung (S. 254) und begründet ihn als «Vorteilsabgeltung ... für den Eingriff in die Entscheidungsfreiheit des Berechtigten» (S. 254 Fn. 176 [Herv. wegg.]). (Wohl) Zustimmung HEIZMANN, Strafe, N 639. Vgl. allerdings auch VOGT, Sonderzivilrecht, S. 254, wo er darauf hinweist, dass sich «die Freiheit, zwischen befugter und unbefugter Nutzung zu entscheiden, ... als eine solche des potentiellen Verletzers [entpuppt]». Entspricht *das* der gesetzgeberischen Wertung – grundsätzliches «Hinnehmen-Müssen» von Immaterialgüterrechtsverletzungen –, lässt sich ein Verletzerzuschlag wohl mit diesem Argument nicht begründen.

608 «Für Verletzungen wie hier lässt sich ... ein pauschalisierter Verschuldenszuschlag, so wünschenswert er rechtspolitisch auch sein mag, de lege lata nicht halten. ... [D]adurch [würde] ein pönales Element im Sinn von «punitiv damages» in das geltende Recht eingeführt, welches den allgemeinen Prinzipien der Schadens- und Ersatzbemessung, auf welche Art. 62 Abs. 2 URG ausdrücklich verweist, widerspricht und gewöhnlich gar als Verstoss gegen den Ordre public erachtet wird (...). Die Zusprechung so begründeten Schadenersatzes, dem auf Seiten des Verletzten keine selbst im Tatbestandsermessens des Art. 42 Abs. 2 OR auszumachende Vermögenseinbusse gegenübersteht, ist daher abzulehnen.»¹¹⁵⁹ Ein Verletzerzuschlag wird von der Rechtsprechung also abgelehnt.¹¹⁶⁰ Damit kann er auch nicht Grundlage oder Ausdruck einer allgemeinen Regel sein, dass die Verletzung privatrechtlicher Normen überkompensatorische Rechtsfolgen nach sich ziehen soll. (Dass der Verletzerzuschlag auch anders begründet werden kann, spielt hier keine Rolle. Nur wenn er bejaht würde, müsste man die Frage stellen, ob er eben deshalb, weil er auch ohne Überkompensation begründet werden kann, nicht Grundlage oder Ausdruck einer allgemeinen «Regel der Überkompensation» sei.)

609 Da ein Verletzerzuschlag nicht besteht, sondern selbst für das Immaterialgüterrecht – also die Verletzung nicht nur von zugewiesenen Rechtspositionen, sondern gar von absoluten Rechten¹¹⁶¹ – abgelehnt wird, besteht jedenfalls keine allgemeine Regel, nach dem die Rechtsfolgen der Verletzung privatrechtlicher Bestimmungen aus Präventionsgründen überkompensatorisch sind.

V. Rückforderungsverbot (Artikel 66 OR)

610 Artikel 66 OR sieht im «Dritte[n] Abschnitt: Die Entstehung [der Obligationen]¹¹⁶² aus ungerechtfertigter Bereicherung» vor: «Ausschluss der Rück-

1159 BGE 122 III 463 Erw. 5.c.cc S. 467 f. Offengelassen wurde aber die Frage, «[o]b ein pauschalisierter Verletzerzuschlag im Tarif der Verwertungsgesellschaften bundesrechtskonform ist, sich insbesondere – analog der deutschen Rechtsprechung – aus der besonderen Struktur dieser Gesellschaften und der Natur der von ihnen zu verwaltenden Rechte begründen lässt». Dazu vorn Fn. 1126.

1160 Ebenso von einem Teil der Lehre, vgl. zum Beispiel SPITZ, Art. 9 UWG N 123.

1161 Für diesen «Erst recht (nicht)»-Schluss spielt es keine Rolle, ob man absolute Rechte als einen Sonderfall zugewiesener Rechtspositionen betrachtet oder als ein «tertium», eine eigene «Kategorie» rechtlicher Positionen, solange man nur annimmt, dass das absolute Rechte gegenüber einer (sonstigen) zugewiesenen Rechtsposition jedenfalls «mehr» ist.

1162 So der «Erste Titel: Die Entstehung der Obligation», vor Art. 1-67 OR.

forderungen.¹¹⁶³ – Was in der Absicht, einen rechtswidrigen oder unsittlichen Erfolg herbeizuführen, gegeben worden ist, kann nicht zurückgefordert werden.»

1. Überkompensation

Gegenüber der Situation, in der sich ein Bereicherungsgläubiger ohne den Rückforderungsausschluss von Artikel 66 OR befände, führt dieser zu einer Schlechterstellung. Denn ein grundsätzlich bestehender Bereicherungsanspruch (Artikel 62 ff. OR) besteht nicht,¹¹⁶⁴ wenn die Leistung «in der Absicht, einen rechtswidrigen oder unsittlichen Erfolg herbeizuführen, gegeben worden ist». Sind die Ansprüche, die sich aus den Artikeln 62 ff. OR ergeben, kompensatorisch – denn sie führen zur «richtigen» Vermögenslage¹¹⁶⁵ –, so ist der Ausschluss eines solchen Anspruchs überkompensatorisch.¹¹⁶⁶

Bydlinski stellt zum «Kondiktionsausschluss» (rhetorisch) die «Frage, was es rechtfertigen soll, von zwei gleichmässig an unerlaubten Vorgängen Beteiligten den einen auf Kosten des anderen materiell grundlos zu bereichern», und sieht darin einen «Widerspruch gegen den Grundsatz der beidseitigen Begründung».¹¹⁶⁷ Er geht also ebenfalls davon aus, dass die Regel überkompensatorisch ist.

2. Präventionszweck

Nach Bundesgericht ist der «eigentliche Zweck von Art. 66 OR, die Anstiftung oder Belohnung eines rechts- oder sittenwidrigen Handelns durch den Ausschluss der Rückforderung auch privatrechtlich zu sanktionieren»¹¹⁶⁸. «In

1163 Während in der Systematischen Rechtssammlung die Marginalie «Ausschluss der Rückforderungen» lautet, lautet dieser in der Amtlichen Sammlung des Bundesrechts «Ausschluss der Rückforderung». Vgl. dazu RÜEDI, Art. 66 OR N 26f.

1164 Ob damit die Klagbarkeit verhindert wird und es sich um eine Naturalobligation handelt – so SCHULIN, Art. 66 OR N 1 und N 7, wonach «Rückerstattung ... nicht Schenkung, sondern Erfüllung einer Naturalobligation» ist; und RÜEDI, Art. 66 OR N 466, wonach das heute herrschende Lehre sei, und selber zustimmend N 469 – oder der Bereicherungsanspruch entfällt, ist hier ohne Bedeutung. Vgl. dazu HEIZMANN, Strafe, N 437.

1165 Dazu vorn N 587.

1166 Nach TSCHANNEN E., S. 20, ist es eher eine «unterkompensatorische» Norm. Das eine dürfte aber die Kehrseite des andern sein. So oder anders lässt sich die Norm nicht mit einer «Berichtigung» von Vermögensvernichtung oder -verschiebung (im Sinne auch von «Falsch-Zuflüssen») erklären, vgl. HEIZMANN, Strafe, N 458.

1167 BYDLINSKI, Mitte, S. 352 und S. 353.

1168 BGE 134 III 438 Erw. 3.2 S. 445. Nach HEIZMANN, Strafe, N 443, spricht das Bundesgericht der Norm damit einen Strafzweck (und damit nach seiner Definition [vgl. vorn N 551] einen Präventionszweck) zu.

diesem Ausschluss der Rückforderung liegt unverkennbar ein pönales Element, das abschreckend wirken soll. Es wird erwartet, dass die Partei, die bei einem rechtswidrigen oder unsittlichen Geschäft vorzuleisten hätte, sich vom Geschäftsabschluss abschrecken lasse, wenn sie damit rechnen muss, dass sie beim Ausbleiben der vereinbarten Gegenleistung den Schutz des Richters nicht in Anspruch nehmen kann.»¹¹⁶⁹ Das Bundesgericht geht also davon aus, dass Artikel 66 OR Prävention oder gar Strafe bezweckt.¹¹⁷⁰

614 Nach Rüedi «kann Art. 66 präventiv wirken – und zwar gleichermassen auf den Bereicherungsgläubiger wie auf den Bereicherungsschuldner»¹¹⁷¹. Weiter führt er zum «Zweck der Rückforderungssperre» aus, dass «die Rechtsschutzverweigerung, die Prävention und die Strafe [im Ansatz] ihre Berechtigung [haben]».¹¹⁷² Heizmann kommt zum Schluss, Artikel 66 OR sei eine «privatrechtliche Norm mit Strafcharakter» (womit ihr, da nach ihm einer der Strafzwecke Prävention ist,¹¹⁷³ ein Präventionszweck zukommt).¹¹⁷⁴ Nach Schulin «beruht [Artikel 66 OR] auf einer pönalen Absicht des Gesetzgebers».¹¹⁷⁵

615 Artikel 66 OR kommt also nach Ansicht des Bundesgerichts und einem Teil der Lehre ein Straf- oder jedenfalls ein Präventionszweck zu. Ausser einem Präventionszweck ist allerdings denkbar, dass Artikel 66 OR der Zweck zukommt, bestimmten Streitigkeiten den Rechtsschutz zu versagen, ohne dass der Gesetzgeber damit notwendigerweise die entsprechenden (unverbindlichen) Vereinbarungen, Leistungen oder die Ausführung der «versprochenen»

1169 BGE 74 II 23 Erw. 3 S. 27 f.

1170 Vgl. allerdings RÜEDI, Art. 66 OR N 173, wonach «das Bundesgericht dem Art. 66 bloss in zwei Entscheidungen einen präventiven Zweck bei[mass]».

1171 RÜEDI, Art. 66 OR N 181. Er unterscheidet aber zwischen Präventionswirkung und Präventionszweck (N 201) und lehnt einen Präventionszweck ab (N 182), «[d]enn es ist nicht Aufgabe des Zivilrechts, das Publikum zu erziehen». Das ist aber nicht notwendigerweise ein Argument dagegen, dass Art. 66 OR Prävention bezweckt. Vielmehr kann es auch als Argument dafür verstanden werden, dass Art. 66 OR (oder überhaupt das Privatrecht) keine Regeln aufstellen soll oder darf, die allein durch Prävention gerechtfertigt sind; ob es das tut, ist aber nicht davon unabhängig, was es tun soll oder darf.

1172 RÜEDI, Art. 66 OR N 202. Aber mit dem Ergebnis, dass «[I]etztlich ... keines dieser Konzepte durchzuschlagen [vermag]. In diesem Sinn erscheint Art. 66 OR als zwecklos.» Namentlich einen Strafzweck verwirft er deshalb, weil die Strafe nicht dem Verschulden des «Täters» entspricht, es entgegen Art. 22 Abs. 1 StGB auf den Erfolgseintritt nicht ankommt und das Bestimmtheitsgebot verletzt ist (N 199). Das muss aber nicht notwendigerweise dazu führen, dass Art. 66 OR keine Straf- oder Präventionsnorm ist, sondern dass sie das einfach zu Unrecht ist (eben weil sie diese Regeln nicht einhält). Vgl. zu solchen «Grenzen der Pönalisierung im Strafrecht» HEIZMANN, Strafe, N 653 ff.

1173 HEIZMANN, Strafe, N 60; WAGNER, S. 363, spricht dem Privatrecht Vergeltungszwecke ab; damit bleiben als Strafzwecke nur noch (General- oder Spezial-)Prävention.

1174 HEIZMANN, Strafe, N 470.

1175 SCHULIN, Art. 66 OR N 1.

Handlung (präventiv) verhindern will.¹¹⁷⁶ Es wird sich aber selbst bei Annahme eines Präventionszwecks von Artikel 66 OR nicht ergeben, dass dieser Ausdruck oder Grundlage einer allgemeinen Regel über überkompensatorische Rechtsfolgen ist.¹¹⁷⁷ Damit kann offenbleiben, ob Artikel 66 OR ein Präventionszweck zukommt.

3. Besondere Gründe

a. Notwendigkeit des Ausschlusses

Kann eine Norm besonders gerechtfertigt werden, verliert sie ihr Gewicht als Quelle für eine (Gesamt- oder Einzel-)Analogie.¹¹⁷⁸ Da es vorliegend allein um die Frage nach der vertraglichen Rechtsfolge der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen geht, genügt es, zu prüfen, ob Artikel 66 OR einen Sachverhalt erfasst, der mit dem von Artikel 8 UWG erfassten vergleichbar ist (also den gleichen oder einen ähnlichen Interessenkonflikt betrifft).

Wird ein nach den Artikeln 19 f. OR unzulässiger Vertrag geschlossen und leistet der eine das Versprochene, hat er gegen den anderen einen Bereicherungsanspruch.¹¹⁷⁹ Denn ein Rückforderungsanspruch nach den Artikeln 62 ff. OR besteht auch im Falle «eines nicht verwirklichten Grundes».¹¹⁸⁰ Aus den Artikeln 62 ff. OR ergibt sich also ein Bereicherungsanspruch, der «gerade bei fehlender oder lückenhafter Vertragsgrundlage das Missverhältnis zwischen den gegenseitigen Leistungen ausgleichen soll»¹¹⁸¹. Die Artikel 62 ff. OR begründen damit einen Anreiz des Empfängers einer Leistung, das von ihm Versprochene zu tun.¹¹⁸² Ist das Versprochene eine rechts- oder

1176 Vgl. RÜEDI, Art. 66 OR N 155 ff., kritisch aber N 170 ff. Kritisch auch CANARIS, Gesamtunwirksamkeit, S. 523: «[Es] vermag auch die heute vorherrschende Ansicht, wonach § 817 S. 2 BGB demjenigen den Schutz versagt, der sich selbst ausserhalb der Rechtsordnung gestellt hat, nicht zu überzeugen. ... [A]n dieser Interpretation von § 817 S. 2 BGB [ist] nun wirklich ungemein störend, dass sie nicht angeben kann, warum denn eigentlich der Rechtsschutz versagt wird; schliesslich ist ja nicht vogelfrei, wer gesetz- oder sittenwidrig handelt, und daher fehlt dieser Ansicht die nötige Evidenz, die die Frage nach einem «dahinter liegenden» weiteren Gerechtigkeitsgesichtspunkt entbehrlich macht.»

1177 Sogleich N 616 ff., insbesondere hinten N 627.

1178 Vgl. vorn N 552.

1179 SCHULIN, Art. 63 OR N 3 Abs. 5.

1180 BGE 105 II 92 Erw. 3. a S. 96.

1181 BGE 105 II 92 Erw. 4 Ingress S. 97. Dies ist die *condictio ob causam futuram* oder *causa data, causa non secuta* (SCHULIN, Art. 62 OR N 12 f.). Vgl. zum Verhältnis der *condictio causa data, causa non secuta*, der *condictio ob turpem vel iniustam causam* und dem Rückforderungsausschluss des Art. 66 OR RÜEDI, Art. 66 OR N 44 ff., N 64, N 121 ff., N 152, N 338. Vgl. auch HEIZMANN, Strafe, N 445.

1182 Vgl. BGE 74 II 23 Erw. 3 S. 29: «[D]ie Gefahr, die empfangene Leistung sonst zurückgeben zu müssen, dürfte ... den Empfänger zur Erfüllung des unerlaubten Geschäftes veranlassen.»

sittenwidrige Handlung (oder Unterlassung), setzt das Gesetz also einen Anreiz, eine rechts- oder sittenwidrige Handlung auszuführen (damit man nicht einem Rückforderungsanspruch ausgesetzt ist).

618 Der «Ausschluss der Rückforderung» ist also nötig, um den Zweck der Artikel 19 f. OR – oder derjenigen Normen, die Schranken der Vertragsfreiheit im Sinne der Artikel 19 f. OR aufstellen – oder der Normen und Regeln, die zur Rechts- oder Sittenwidrigkeit im Sinne von Artikel 66 OR führen, durchzusetzen, da der vertragliche Rückforderungsanspruch sonst für denjenigen, der sich zu einer unzulässigen Leistung (wenn auch unwirksam) verpflichtet hat oder von dem eine solche erwartet wird, einen Anreiz setzen würde, diese Leistung zu erbringen (rechtstechnisch könnte man von einer «Obliegenheit» sprechen, die «versprochene» oder erwartete Leistung zu erbringen). Artikel 66 OR dient damit – unter Eingriff in die Interessen des «Bereicherungsgegners» – den Interessen an der Durchsetzung der Regeln, die die Rechts- oder Sittenwidrigkeit begründen. Die Gefährdung der Interessen geht dabei vom Gesetz selber aus, indem es mit den Artikeln 62 ff. OR Anreize zu sitten- oder rechtswidrigem Verhalten setzen würde.

619 Bei Artikel 8 UWG gründet der Anreiz hingegen in der (einmal unterstellten) Tatsache, dass sich Vertragsparteien – namentlich Konsumenten – auch eine unzulässig vereinbarte Rechtslage entgegenhalten lassen werden. Der Anreiz ergibt sich also nicht aus dem Gesetz. Und wie ausgeführt wird dieser Anreiz durch einen mit der Rechtsfolge der Geltung des Zulässigen «versehenen» Artikel 8 UWG nicht gesetzt oder verstärkt, sondern einfach nicht gemildert;¹¹⁸³ anders bei den Artikeln 62 ff. OR, die gerade durch ihre Geltung solche Anreize setzen.

620 Ebenso kann man Artikel 66 OR als Ergänzung der Artikel 19 f. OR betrachten.¹¹⁸⁴ Artikel 1 OR setzt den «Anreiz» (nämlich: die Pflicht unter Drohung von Schadenersatzansprüchen [Artikel 97 OR] und Zwangsvollstreckung [ZPO und SchKG]), das Versprochene einzuhalten. Die Artikel 19 f. OR heben diesen Anreiz auf, wo die Schranken der Vertragsfreiheit verletzt sind (zum Beispiel bei Artikel 8 UWG). Mit den Artikeln 62 ff. OR setzt der Gesetzgeber aber auch in Fällen, in denen die Schranken der Vertragsfreiheit verletzt sind – oder gar kein Vertrag geschlossen werden wollte –, einen Anreiz, sich wie «versprochen» zu verhalten. Ist es das Gesetz selber, das diesen Anreiz setzt, ist es auch das Gesetz, das diesen Anreiz wieder aufheben soll. Artikel 8 UWG unterscheidet sich aber davon. Der Anreiz, missbräuchliche

1183 Vorn N 430 ff.

1184 Vgl. dazu RÜEDI, Art. 66 OR N 163, allerdings wiederum N 170.

Geschäftsbedingungen zu vereinbaren, geht eben nicht vom Gesetz aus,¹¹⁸⁵ sondern ist ein rein faktischer Anreiz. Man könnte also sagen: Wo es nicht das Gesetz ist, das diesen Anreiz setzt, ist es auch nicht notwendigerweise Aufgabe des Gesetzes, diesen Anreiz zu verhindern.¹¹⁸⁶

Man kann die Interessenwertung des Artikels 66 OR also so verstehen: Dem Interesse des Berechtigten, einen vom Gesetz selber geschaffenen Anspruch zu erhalten, wird das Interesse an der Durchsetzung der Schranken der Privatautonomie vorgezogen. Daraus ergibt sich aber nicht zwingend etwas für die Abwägung der Interessen, die bei Artikel 8 UWG infrage stehen. 621

Denkbar wäre allerdings auch, dass das Gesetz statt (nur) eines Rückforderungsverbot (auch) eine Abschöpfung vorsieht.¹¹⁸⁷ Die Artikel 70 ff. StGB sehen denn auch genau das vor, womit wohl für einen nicht unerheblichen Teil der Fälle (jedenfalls der Rechtswidrigkeit, wenn auch nicht der Sittenwidrigkeit) genau das vorgesehen ist.¹¹⁸⁸ Das Privatrecht muss aber nicht straf- und verwaltungsrechtliche Beziehungen zwischen den Privaten und dem Staat (eben über die Einziehung von Vermögenswerten) regeln, sondern nur das Verhältnis zwischen den Privaten; und diese Regelung kann wiederum als «flankierende Massnahme» zu einer solchen Einziehung verstanden werden, also ohne Norm mit grundsätzlicher Absicht, eine der Parteien besser- oder schlechterzustellen. 622

1185 Oder, im Sinne des Ausgeführten: Der Anreiz, missbräuchliche Geschäftsbedingungen zu vereinbaren, geht vom Gesetz, nämlich von Art. 1 und 97 OR und von ZPO und SchKG aus, das dafür einen Erfüllungs- oder Schadenersatzanspruch vorsieht. Art. 19 f. OR heben diesen Anreiz aber wieder auf. Es verbleibt allenfalls noch ein faktischer Anreiz, missbräuchliche Geschäftsbedingungen zu vereinbaren (da diese oft trotz Unwirksamkeit durchgesetzt werden können).

1186 Das schliesst aber nicht aus, dass der Gesetzgeber dies zur Aufgabe des Privatrechts macht. Und natürlich ist es im Grundsatz in einer zivilisierten Gesellschaft Aufgabe gerade des Gesetzgebers und des Gesetzes, Anreize zu sitten- und rechtmässigem Verhalten zu setzen. Zu beantworten ist hier aber nur, ob es das *Obligationenrecht* zu seiner Aufgabe *gemacht hat*, rein faktische (Fehl-)Anreize (mit überkompensatorischen Eingriffen) zu verhindern; dafür stünde namentlich das Strafrecht zur Verfügung (vgl. zu diesem Mittel für das Immaterialgüterrecht vorn N 594, für das Mietrecht hinten N 680 ff.). Und nach dem Ausgeführten ergibt sich aus Art. 66 OR gerade nicht, dass es der Gesetzgeber zur Aufgabe des Privat- oder Obligationenrechts gemacht hat, auch rein faktische (Fehl-)Anreize zu verhindern (sondern nur, vom Recht geschaffene Fehlanreize wieder aufzuheben).

1187 Das sieht § 10 dUWG vor.

1188 Vgl. aber BYDLINSKI, Mitte, S. 353, der «über die bestehenden einzelnen straf- und verwaltungsrechtlichen Verfallsbestimmungen hinaus» eine generelle Anordnung eines «Verfalls» fordert. Vgl. auch BGE 84 II 179 Erw. 3. c Abs. 2 S. 184: «Die vom Allgemeinen Preussischen Landrecht getroffene Ordnung, nämlich die Einziehung zu Händen des Staates, ist befriedigender als die Lösung des Art. 66 OR.» Eine «Einziehung im Zivilverfahren» sieht zum Beispiel Art. 57 MSchG vor.

b. Anwendungsbereich

623 «Nach der [nunmehr aufgegebenen] Rechtsprechung des Bundesgerichts schliesst Art. 66 OR die Rückforderung nicht bloss dessen aus, was zur Anstiftung oder Belohnung eines rechts- oder sittenwidrigen Handelns des Gegners gegeben wurde (Tatbestände des «Gaunerlohnes»), sondern die Rückforderung aller Leistungen, die auf Grund eines rechts- oder sittenwidrigen Vertrages erbracht wurden.» «Die herrschende Lehre ... beschränkt Art. 66 OR auf die Fälle eigentlichen Gaunerlohnes», was nunmehr auch das Bundesgericht annimmt.¹¹⁸⁹ Die Bedeutung des Artikels 66 OR ist also einigermaßen beschränkt.

624 Weiter schliesst Artikel 66 OR nicht allgemein die (Rück-)Forderung von Leistungen aus, die in rechts- oder sittenwidriger Absicht gegeben wurden. Er schliesst nur Forderungen aus ungerechtfertigter Bereicherung aus (und beispielsweise nicht vertraglich begründete Forderungen): «Die vom Handelsgericht vertretene Auffassung, wonach Art. 66 OR als «allgemeine Norm der Rechtsschutzversagung» aufzufassen ist, die jegliche Ansprüche «ausschliesst, denen ein eigenes sittenwidriges Verhalten zugrundeliegt», findet im Gesetz keine Stütze. Art. 66 OR vermag vertraglich begründeten Ansprüchen nicht zu derogieren.»¹¹⁹⁰ Weiter betrifft er nur Leistungs-, nicht Eingriffskonditionen.¹¹⁹¹

625 Damit ist der Anwendungsbereich von Artikel 66 OR weiter beschränkt. Das spricht ebenfalls dagegen, Artikel 66 OR als allgemeine Regel (oder als Ausdruck einer solchen) zu verstehen, sondern eben als Sonderregelung für einen besonderen Bereich aus besonderen Gründen.

626 Immerhin nimmt ein Teil der Lehre an, dass Artikel 66 OR analog auf Vindikationsansprüche anzuwenden ist.¹¹⁹² Das schliesst aber nicht aus, Artikel 66 OR als Norm zu betrachten, die gerade einen besonderen Interessenkonflikt regelt, bei dem namentlich (erhebliche) öffentliche Interessen zu

1189 Zum Ganzen BGE 134 III 438 Erw. 3.1f. S. 444 f.

1190 BGE 124 III 253 Erw. 3.d S. 258; SCHULIN, Art. 66 OR N 6a Abs. 2; vgl. auch RÜEDI, Art. 66 NOR 573 ff. Vgl. auch BGE 99 Ia 417 Erw. 3.a S. 420. Denkbar wäre allerdings, dass (nicht Art. 66 OR, sondern) die verletzte Norm (Rück-)Forderungen ausschliesst. In BGE 134 III 438 Erw. 2.3 S. 443 nahm das Bundesgericht aber an, dass Art. 5 KG solches nicht fordere: «Die Nichtigkeit unzulässiger Wettbewerbsabreden hat vornehmlich die Nicht-Durchsetzbarkeit wettbewerbswidriger Abreden als solche zum Ziel ...; die Rückabwicklung bereits erbrachter Leistungen wird damit nicht geregelt.» Kritisch dazu HEIZMANN, Strafe, N 465.

1191 SCHULIN, Art. 66 OR N 3 Abs. 1.

1192 SCHULIN, Art. 66 OR N 6. Bejahend OBERHAMMER/FRAEFEL, Art. 66 OR N 9; das sei herrschende Lehre. Vgl. auch HONSELL, Bereicherungsrecht, S. 29 ff.; RÜEDI, Art. 66 OR N 510; SCHMIDLIN, S. 126 ff.

berücksichtigen sind. Denn es gibt nicht einfach die Alternativen, Artikel 66 OR für überhaupt keinen anderen Fall analog anzuwenden oder dann gerade als Grundregel über überkompensatorische Rechtsfolgen für das ganze Obligationenrecht zu verstehen. Vielmehr ist eben auch denkbar, Artikel 66 OR gerade soweit analog anzuwenden, als ansonsten Ergebnisse entstünden, die stossend erscheinen (oder, wenn man Artikel 66 OR schon als stossend betrachtet,¹¹⁹³ als noch stossender erscheinen als ohne analoge Anwendung von Artikel 66 OR).¹¹⁹⁴

c. Ergebnis

Artikel 66 OR hat einen Präventions- oder gar Strafzweck und sieht zu dessen Umsetzung überkompensatorische Verletzungsrechtsfolgen vor. Er hat aber einen sachlich sehr eingeschränkten Anwendungsbereich und lässt sich innerhalb dieses Anwendungsbereichs durch die Notwendigkeit, durch das Gesetz gesetzte Fehlanreize zu korrigieren (oder zu vermeiden), erklären. Er kann deshalb nicht als Grundlage oder Ausdruck einer allgemeinen Regel dienen, wonach die Verletzung privatrechtlicher Verhaltensregeln zu Präventionszwecken überkompensatorische Rechtsfolgen nach sich zieht (oder ziehen soll).¹¹⁹⁵

VI. Artikel 6a OR

1. Inhalt; Präventionszweck und -mittel?

Artikel 6a OR lautet unter der Marginalie «Zusendung unbestellter Sachen»: «Die Zusendung einer unbestellten Sache ist kein Antrag. Der Empfänger ist

1193 Vgl. BGE 102 II 401 Erw. 4.c.S. 411f.: «Die Tatsache allein, dass der Kläger eine Leistung behalten kann, die er abredegemäss zurückerstatten müsste, begründet keinen Rechtsmissbrauch. Das ist vielmehr der Wille des Gesetzes, das pönalen Charakter hat und keine Klage auf Rückforderung des Geleisteten zulässt, weil die Forderung des staatlichen Schutzes nicht würdig ist (...). Dass sich eine stossende Begünstigung einer Vertragspartei ergeben kann, ist daher entsprechend dem Grundgedanken des Art. 66 OR, der rechtswidrigen und unsittlichen Geschäften vorbeugen will, solange in Kauf zu nehmen, als das Gesetz selber keine bessere Lösung vorsieht.» Vgl. auch BGE 84 II 179 Erw. 3.c.Abs. 2 S. 184: «Die vom Gesetz getroffene Ordnung erscheint sogar als eine gesetzgeberisch fragwürdige Lösung», ähnlich BGE 117 IV 139 Erw. 3.d.dd S. 149. Vgl. auch RÜEDI, Art. 66 OR N 341f.

1194 Vgl. das Beispiel bei OBERHAMMER/FRAEFEL, Art. 66 OR N 9, wonach «ansonsten ... der Dealer die Drogen, deren Käufer aber nicht das Geld zurückverlangen [könnte]». Wendet man Art. 66 OR nicht analog auf die Vindikation an, hätte es auch zur Folge, dass Geld so lange zurückgefordert werden kann, als es noch nicht vermischt wurde, danach der Rückforderung aber Art. 66 OR entgegensteht; das ist vielleicht nicht geradezu stossend, aber scheint doch nicht sachgerecht.

1195 Vgl. RÜEDI, Art. 66 OR N 125 und N 577: «[A]us Art. 66 [lässt sich] kein allgemeiner Grundsatz ableiten ..., wonach sämtliche Ansprüche ausgeschlossen sind, denen eine rechtswidrige oder unsittliche Absicht zugrunde liegt.»

nicht verpflichtet, die Sache zurückzusenden oder aufzubewahren. Ist eine unbestellte Sache offensichtlich irrtümlich zugesandt worden, so muss der Empfänger den Absender benachrichtigen.» Artikel 6a OR enthält drei Regeln. In Absatz 1 eine Regel darüber, was ein Antrag zum Vertragsschluss ist,¹¹⁹⁶ nämlich dass «[d]ie Zusendung einer unbestellten Sache» kein solcher ist.¹¹⁹⁷ Aus Absatz 2 ergeben sich zwei Regeln. Erstens, dass die Sache nicht zurückgesandt werden muss.¹¹⁹⁸ Zweitens, dass die Sache auch nicht aufbewahrt werden muss.¹¹⁹⁹ Aus Absatz 3 ergibt sich schliesslich eine Benachrichtigungspflicht.¹²⁰⁰

2. Überkompensation

629 Normative Bedeutung hat also nur die zweite Anordnung von Artikel 6a Absatz 2 OR, wonach «[d]er Empfänger ... nicht verpflichtet [ist], die Sache ... aufzubewahren»¹²⁰¹. Diese Norm «räumt ein Recht der Verfügung über fremde Sachen ein. Der Empfänger unbestellt zugesandter Ware kann diese ohne Entgelt behalten, ohne weiteres frei über sie verfügen und sie insb[esondere] konsumieren.»¹²⁰²

630 Artikel 6a Absatz 2 OR führt also nicht nur dazu, dass die vom «Verletzer» angestrebte Rechtslage nicht entsteht (nämlich ein Kaufvertrag über die zugesandte Sache nicht zustande kommt).¹²⁰³ Diese Bestimmung führt zudem

1196 Dazu Art. 3-5, 7-9 OR.

1197 Das würde aber schon ohne Art. 6a Abs. 1 OR gelten: «Dass der Empfänger unbestellter Konsumgüter weder (durch Stillschweigen [im Sinne von] Art. 6) eine Vertragspflicht riskiert noch die Sache zurücksenden muss, war seit je geltendes Recht» (ZELLWEGE-GUTKNECHT/BUCHER, Art. 6a OR N 2). Ob nicht doch Situationen denkbar sind, in denen (zum Beispiel aufgrund einer bestehenden «allgemeinen» Kundenbeziehung) ein Stillschweigen eine Annahme bedeutet, muss hier nicht untersucht werden.

1198 Auch dies würde schon ohne Art. 6a Abs. 2 OR gelten: «Die Regel, dass die Ware nicht zurückgesandt werden muss, war angesichts des Fehlens einer pflichtbegründenden Norm seit je rechtens» (ZELLWEGE-GUTKNECHT/BUCHER, Art. 6a OR N 3).

1199 Diese Bestimmung hat eine normative Bedeutung: «Eine limitierte Pflicht zur Aufbewahrung mochte theoretisch bestanden haben; dieser (sachenrechtliche, nicht vertragsrechtliche) Grundsatz hatte niemals Durchsetzung erfahren» (ZELLWEGE-GUTKNECHT/BUCHER, Art. 6a OR N 2).

1200 «Die schliesslich (zu Lasten des Konsumenten) in Abs. 3 statuierte Benachrichtigungspflicht bei Fehlsendungen liess sich bereits bisher mit dem culpa in contrahendo-Argument begründen; auch ihr geht eine eigenständige Bedeutung ab» (ZELLWEGE-GUTKNECHT/BUCHER, Art. 6a OR N 2).

1201 Vgl. ZELLWEGE-GUTKNECHT/BUCHER, Art. 6a OR N 2: «Umgekehrt ist die Norm, wonach die übersandte Ware nicht aufbewahrt werden muss (und daher beseitigt werden darf), nicht selbstverständlich.»

1202 ZELLWEGE-GUTKNECHT/BUCHER, Art. 6a OR N 3.

1203 «Wird der Zustellung Offertcharakter abgesprochen (Abs. 1), kann durch das anschliessende Verhalten des Empfängers ([das heisst] Konsum, Beseitigung oder sonstige

dazu, dass er sein Recht an der Sache verliert.¹²⁰⁴ Hätte er die Sache nicht zugesandt – also nicht auf unzulässigem Weg die Entstehung eines Rechtsverhältnisses angestrebt (wie bei der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen, bei denen wegen der Artikel 8 und 2 UWG und 19 f. OR die angestrebte Rechtsfolge eines [wirksamen] Vertrages nicht eintritt) –, hätte er das Recht an der Sache noch. Man kann Artikel 6a OR deshalb als überkompensatorisch betrachten. Allerdings führt auch Artikel 41 OR – der ja gerade als Vergleichsmass für die «Kompensation» herangezogen wird¹²⁰⁵ – zu einem Eingriff auf Seiten des Verletzers. Das allein kann also noch keine Überkompensation begründen. Artikel 6a OR führt aber auf Seiten des Empfängers der Sache zu einer Überkompensation: Nicht nur ist er nicht vertraglich gebunden (also nicht zur Kaufpreiszahlung verpflichtet), sondern er «hat» nun auch eine Sache (als Eigentümer oder sonst mit «Behaltensrecht»).

3. Präventionszweck

In der Botschaft wird dazu ausgeführt: «Die Lösung sei geeignet, unerwünschten Praktiken einen Riegel zu schieben.»¹²⁰⁶ Der Bundesrat wollte mit der Norm also ein präventives Ziel verfolgen.

4. (Besondere) Gründe für Artikel 6a OR?

a. Interessen

Die Alternative zum Behaltendürfen wäre – abgesehen von einem Vertragsschluss, den man aber ja ausschliessen will – die Pflicht des Konsumenten gewesen, die Sache zur Verfügung zu halten (da alles andere eine Verletzung von Artikel 641 Absatz 2 ZGB und [damit] von Artikel 41 OR wäre). Das hätte für den Empfänger aber Aufwand zur Folge gehabt: So müsste er den Versender darüber informieren, dass er die Abholung der Sache wünscht, und er hätte eine solche Abholung ermöglichen müssen. Alternative zur Überkompensation zulasten des Versenders wären also Nachteile auf Seiten des Empfängers.¹²⁰⁷

Verfügung seitens des Letzteren) kein Vertrag, und damit auch keine Preiszahlungspflicht, entstehen.» (ZELLWEGER-GUTKNECHT/BUCHER, Art. 6a OR N 3).

1204 Ob es ein Fall der Dereliktion ist oder für den Empfänger eine «gesetzliche causa des Behaltendürfens» besteht (KUT, Art. 6a OR N 3), spielt hier keine Rolle. Gemäss BOTSCHAFT ENTSTEHUNG DER OBLIGATION, S. 385, sei «von der Vermutung auszugehen, der Absender verzichte auf das Eigentum (Dereliktion)».

1205 Dazu vorn N 583 und vorn N 588 ff.

1206 BOTSCHAFT ENTSTEHUNG DER OBLIGATION, S. 385.

1207 Ober diese aufgrund von Art. 940 Abs. 2 ZGB als Verwendungen ersetzt erhalten könnte oder einen Anspruch nach Art. 422 Abs. 1 OR hätte, kann hier nicht untersucht werden. Die Aufwände dürften aber regelmässig «immaterieller Art» sein («Ärger», Zeitaufwand [der zumindest nicht unmittelbar einem finanziellen Nachteil entspricht]) und aufgrund ihrer geringen Höhe auch nicht realistisch durchsetzbar.

Es stellt sich also nicht (nur) die Frage, ob einem der Beteiligten Nachteile auferlegt werden sollen, sondern es stellt sich die Frage, welchem der Beteiligten die unvermeidlichen Nachteile auferlegt werden sollen.¹²⁰⁸ Ist diese Situation, in der nur entweder der eine oder der andere belastet werden kann, auf das absichtliche¹²⁰⁹ Verhalten des Versenders zurückzuführen, so liegt es nahe, die (nun unvermeidlichen) Nachteile ihm aufzuerlegen und nicht dem Empfänger. Die Abwägung der Interessen der Betroffenen kann also aufgrund des Veranlassungs- und des Ausweichprinzips erfolgen:¹²¹⁰ Der Versender hat den Interessenkonflikt veranlasst, indem er die Sache (ohne Bestellung) zusandte,¹²¹¹ und er hätte ihm ausweichen können, indem er die Sache nicht zugesandt hätte (und stattdessen, hätte er einen Vertragsschluss gewollt, einen Antrag gestellt hätte).

633 In der Botschaft wird ausgeführt, dass es sich bei den von Artikel 6a OR erfassten Fällen «regelmässig um Sachen von geringem Wert [handle]» und also «ein geringer Nachteil eintreten [dürfte]»¹²¹². Das spricht – bei der erwähnten Unmöglichkeit, Nachteile für den einen oder andern zu verhindern – ebenfalls dafür, dass der Versender (und nicht der Empfänger) Nachteile erleiden soll.

b. Gesetzliche Wertung

634 Der durch Artikel 6a OR geregelte Interessenkonflikt ähnelt im Übrigen dem, der bei den Artikeln 63 Absatz 1 OR und 933 ZGB vorliegt (und die dortige «Auflösung» dieses Interessenkonflikts entsprechend Artikel 6a Absatz 2 OR bestätigt, dass die erwähnten Prinzipien [Veranlassungs- und Ausweichprinzip] in solchen Situationen ausschlaggebend sein sollen).

aa. Konditionssperre (Artikel 63 Absatz 1 OR)

635 «Wer eine Nichtschuld freiwillig bezahlt, kann das Geleistete nur dann zurückfordern, wenn er nachzuweisen vermag, dass er sich über die Schuldpflicht im Irrtum befunden hat.»¹²¹³

1208 Gerade umgekehrt als bei Artikel 8 UWG, vgl. vorn N 476 f.

1209 Für irrtümliches Zusenden sieht Art. 6a Abs. 3 OR eine Ausnahme vor.

1210 Vgl. HUBMANN, Grundsätze, zur «Veranlassung» (S. 87 ff.) als eines der «Bewertungsprinzipien menschlichen Verhaltens» (Titel zu S. 82 ff.), zum «Ausweichprinzip» S. 90 ff.

1211 Es ist also eine «zurechenbare Verursachung» (HUBMANN, Grundsätze, S. 88 ff.), es muss nämlich sogar eine irrtumsfreie sein (Art. 6a Abs. 3 OR *e contrario*).

1212 BOTSCHAFT ENTSTEHUNG DER OBLIGATION, S. 385. Im Entscheid des Bundesgerichts vom 18. Dezember 2008 im Verfahren 4A_404/2008, in dem das Bundesgericht eine erweiterte Unwirksamkeit eines Darlehensvertrages annahm, ging es hingegen um 35'000 Franken (Sachverhalt, A. und B.).

1213 Art. 63 Abs. 1 OR.

Diese Regel ist Ausprägung des Rechtsmissbrauchsverbots.¹²¹⁴ Artikel 63 Absatz 2 OR lässt sich mit der gesetzgeberischen Wertung erklären, dass derjenige, der seine Rechtsgüter freiwillig (faktisch) aufgibt (denn «rechtlich» gibt er sie ja erst kraft der besonderen Anordnung auf), seinen Schutzanspruch mindert oder gar verliert. Der Leistende hat den Interessenkonflikt durch seine Leistung veranlasst (und durch diese zudem die Erwartung des Empfängers, das Empfangene behalten zu dürfen)¹²¹⁵. Er hätte zudem Ausweichmöglichkeiten gehabt: Die Leistung nicht zu erbringen,¹²¹⁶ die Frage nach dem Bestehen der Schuld zu klären oder unter Vorbehalt zu leisten.¹²¹⁷ Diese Situation liegt bei Artikel 8 UWG nicht vor, oder zumindest wird es dem Konsumenten nicht zugemutet, auf den Vertragsschluss zu verzichten.¹²¹⁸

Dagegen könnte immerhin eingewendet werden, dass es bei Artikel 6a OR um (Rechte an) Sachen, also um absolute Rechte, geht, bei Artikel 63 OR hingegen «nur» um Kondiktionsansprüche und dass deshalb Artikel 6a Absatz 2 OR eine weitergehende Anordnung (über den Verlust von Ansprüchen) ist als Artikel 63 Absatz 1 OR (womit vom einen nicht aufs andere geschlossen werden dürfte).¹²¹⁹ Dass das Gesetz Sachen stärker schützt als (sonstige) Vermögenswerte, ergibt sich aus dem Gesetz aber nicht. Zwar werden Sachen zum Beispiel durch Artikel 41 OR allseitig und stets geschützt, das Vermögen aber nur bei Vorliegen einer Schutznorm.¹²²⁰ Das dürfte aber weniger mit der Ranghöhe zu tun haben als mit der Notwendigkeit (oder eher: dem Wunsch), geschützte «Rechtssphären» enumerativ aufzuzählen (da jede «Sphäre» zugunsten des einen eine Beschränkung der Freiheit für alle anderen bedeutet)¹²²¹. Ist das

1214 OBERHAMMER/FRAEFEL, Art. 63 OR N 3; SCHULIN, Art. 63 OR N 1.

1215 Vgl. zu diesem Kriterium OBERHAMMER/FRAEFEL, Art. 63 OR N 3: «Sachlich gerechtfertigt ist die Kondiktions Sperre in Wahrheit nur dann, wenn der Leistungsempfänger aufgrund des Verhaltens des Leistenden darauf vertrauen durfte, dass er die Leistung endgültig behalten darf.» Vgl. jedoch auch (ebd.) den Hinweis, dass Art. 63 Abs. 1 OR nicht auf den «Horizont» des Empfängers abstellt.

1216 Denn die Kondiktions Sperre des Art. 63 Abs. 1 OR bestehe ja nur, wo die Leistung freiwillig erbracht wurde. Andernfalls besteht nach Abs. 3 ein Rückforderungsrecht, bei Zwangsvollstreckung nach Art. 86 SchKG; zum Verhältnis dieser Bestimmungen zueinander vgl. OBERHAMMER/FRAEFEL, Art. 63 OR N 8 ff.

1217 Zu dieser Möglichkeit OBERHAMMER/FRAEFEL, Art. 63 OR N 3 erster Satz.

1218 Vgl. auch hinten N 673.

1219 Angesprochen wäre damit die Interessenhöhe (HUBMANN, Grundsätze, S. 67 ff. [«Wertunterschiede»], und HUBMANN, Wertung, S. 20 ff. [«Ranghöhe»]).

1220 KESSLER, Art. 41 OR N 31 ff.

1221 Vgl. nur WALTER, Vertrauenshaftung, S. 278 («Gegenstand des ausservertraglichen Haftpflichtrechts ist die Abgrenzung offener Rechtssphären oder Freiheitsräume nach dem Masstab eines aus der allgemeinen Widerrechtlichkeit oder den guten Sitten gewonnenen ethischen Minimums»), und PEUKERT, S. 461 (Herv. hinz.), nach dem «gesetzliche Schuldverhältnisse ... wegen der Beschränkung der allgemeinen

Vermögen aber (vor einem bestimmten «Angriff») geschützt, ist sein Schutz kein geringerer als der von Sachen. Das Gesetz sieht die gleiche Wertung zudem auch für Sachen vor (dazu sogleich).

bb. Gutgläubiger Erwerb vom Nichtberechtigten

638 «Wer eine bewegliche Sache in gutem Glauben zu Eigentum oder zu einem beschränkten dinglichen Recht übertragen erhält, ist in seinem Erwerbe auch dann zu schützen, wenn sie dem Veräusserer ohne jede Ermächtigung zur Übertragung anvertraut worden war.»¹²²² «Wer in gutem Glauben eine bewegliche Sache zu Eigentum übertragen erhält, wird, auch wenn der Veräusserer zur Eigentumsübertragung nicht befugt ist, deren Eigentümer, sobald er nach den Besitzregeln im Besitze der Sache geschützt ist.»¹²²³ Der Erwerber wird also «zunächst» in seinem Besitz geschützt und wird (dadurch) Eigentümer.¹²²⁴

639 Auch diese Regelung lässt sich durch den besonderen Interessenkonflikt erklären, der bei Artikel 8 UWG nicht vorliegt.¹²²⁵ Der Eigentümer, der seine Sache einem andern anvertraut, veranlasst die (mögliche) Interessenkollision zwischen seinem eigenen Interesse und dem Interesse eines gutgläubigen Dritten. Er hätte zudem ausweichen können, nämlich die Sache nicht weggeben können.

c. Relevanz für Artikel 8 UWG

640 In den Fällen, die von Artikel 6a OR geregelt sind, besteht nur die Möglichkeit, entweder dem Versender oder dem Empfänger Nachteile (materieller oder immaterieller) Art aufzuerlegen. Denn ohne solche Aufwände oder Nachteile kann der «an sich» rechtmässige Zustand nicht wiederhergestellt werden.¹²²⁶

Handlungsfreiheit des Schuldners einer Grundlage in der verfassungsmässigen Ordnung bedürfen», und S. 906f. über die «Grenzen der Zuordnung und Haftung als Schutz der Freiheit».

1222 Art. 933 ZGB.

1223 Art. 714 Abs. 2 ZGB.

1224 Aus dem Titel vor Art. 919 ff. ZGB ergibt sich wohl, dass Art. 933 ZGB den Erwerber («nur») im Besitz schützt und «erst» Art. 714 Abs. 2 ZGB ihn zum Eigentümer macht. Jedenfalls führen die Normen gemeinsam dazu, dass der Erwerber Eigentümer wird. Vgl. nur ERNST, BaKomm, Art. 933 ZGB N1 und N3, und SCHWANDER, Art. 714 ZGB N10.

1225 Vgl. HUBMANN, Methode, S. 162, der die Veranlassung des Rechtsscheins und den Verkehrsschutz als mit-abzuwägende Interessen berücksichtigt. Für Art. 63 OR vgl. vorn Fn. 1219.

1226 Mit «an sich rechtmässig» ist hier der Zustand gemeint, der ohne die rechtswidrige Zusendung unbestellter Sachen bestanden hätte. Aufgrund von Art. 6a OR ist natürlich auch der nachherige Zustand – Verlust des Eigentums oder jedenfalls des Rückforderungsrechts einerseits, Behalten- und Verbrauchendürfen andererseits – rechtmässig,

Diese Situation liegt bei Artikel 8 UWG nicht vor. Es besteht bei diesem die Möglichkeit, ohne Aufwand den rechtmässigen Zustand – dass der Konsument nicht durch missbräuchliche Geschäftsbedingungen gebunden ist – eintreten zu lassen, nämlich indem eine unzulässige Vereinbarung schlicht nicht gilt.¹²²⁷ Artikel 6a OR ist deshalb allenfalls Ausdruck oder Grundlage der allgemeinen Regel, dass ein Interessenkonflikt, unter anderem in Anwendung des Veranlassungs- und des Ausweichprinzips, zulasten desjenigen gelöst werden soll, der ihn veranlasst hat und der ihm hätte ausweichen können, dass also jeder die unvermeidbaren Nachteile seiner eigenen (rechtswidrigen) Handlungen tragen soll. Zusätzliche (also: überkompensatorische) Nachteile schafft Artikel 6a OR aber nicht.¹²²⁸

VII. Verzugszins

Mit einer am 4. April 2012 eingereichten Motion wurde die Erhöhung des in Artikel 104 OR vorgesehenen Zinses auf 10 Prozent pro Jahr verlangt.¹²²⁹ Der Bundesrat wies in einem entsprechenden Bericht darauf hin, dass «in der Vernehmlassung zu Recht kritisiert [wurde], dass mit der Verdoppelung des Verzugszinses faktisch ein dem schweizerischen Recht fremder Strafschadenersatz eingeführt würde, indem ein derart erhöhter Verzugszins weit über einen Schadensausgleich hinausgeht und im Ergebnis zu einer Bereicherung des Gläubigers auf Kosten ... des Schuldners führt, die dem schweizerischen Privatrecht allgemein unbekannt ist»¹²³⁰.

aber nicht durch Wiederherstellung des (ansonsten und davor) Rechtmässigen, sondern durch «Legalisierung» des tatsächlich Eingetretenen.

1227 Das liegt allein daran, dass Artikel 6a OR eine tatsächliche Situation erfasst, Artikel 8 UWG eine (allenfalls nur vermeintliche) Rechtslage. Zum Unterschied zwischen («zu bereinigenden») Tatsachen und Rechtslagen schon vorn N 29 ff.

1228 Dazu, dass die Nachteile einer erweiterten Unwirksamkeit nicht tatsächlich vorliegen, sondern durch das Recht erst geschaffen würden, vorn N 476 f.

1229 Die MOTION «STOPP DEM ZAHLUNGSSCHLENDRIAN», eingereicht am 20. März 2008, lautete: «Der Bundesrat wird beauftragt, Artikel 104 OR so zu revidieren, dass der gegenwärtig geltende Verzugszins von 5 Prozent angemessen erhöht wird und für den Gläubiger kostendeckend ist.» Aus der Begründung: «Der Verzugszins muss auf ein Niveau angehoben werden, das einerseits den beim Gläubiger entstehenden Zinsschaden abdeckt und andererseits gegenüber dem säumigen Schuldner ein deutliches Zeichen setzt. Angemessen, für alle Betroffenen leicht zu berechnen und den offensichtlich nötigen Druck erzeugend ist ein Verzugszinssatz von 10 Prozent.» Es ging also nur teilweise um Strafschadenersatz, teilweise aber auch um Kostendeckung («Für nicht banküblich gesicherte Kontokorrentkredite, die zur Deckung des durch den Verzug beim Lieferanten entstehenden zusätzlichen Liquiditätsbedarfes aufgenommen werden müssen, hat ein KMU nämlich 9 bis 12 Prozent pro Jahr zu bezahlen»).

1230 BERICHT «ZAHLUNGSSCHLENDRIAN», S. 4653 f.

642 Einerseits ging der Bundesrat also davon aus, dass Strafschadenersatz, der zu einer Bereicherung des Gläubigers führt, «dem schweizerischen Recht allgemein unbekannt ist». Ob das zutrifft oder nicht, kann sich zwar nicht danach richten, ob der Bundesrat das annimmt;¹²³¹ insofern hat der Bericht vorliegend also keine Bedeutung. Andererseits lehnte er aber einen solchen Strafschadenersatz¹²³² ab, und zwar mit Hinweis auf allgemeine Regeln des schweizerischen Privatrechts, und das Parlament folgte ihm und schrieb die Motion ab.¹²³³ *Daraus* kann sich der negative Entscheid über den Erlass einer solchen überkompensatorischen Norm ergeben.¹²³⁴ Es wurde eine solche Norm also nicht erlassen, weil sie nicht Ausdruck einer bestehenden allgemeinen Regel über überkompensatorische Rechtsfolgen sei (sondern eine solche sei dem schweizerischen Recht eben allgemein unbekannt). Erst recht wurde damit abgelehnt, (mit dieser Norm) eine solche allgemeine Regel zu schaffen (wobei die dafür nötige Annahme, dass eine Norm für ein so eng begrenztes Problem wie Verzugszinsen überhaupt [alleinige] Grundlage für eine allgemeine Regel des Obligationenrechts sein könnte, eher abzulehnen sein dürfte).

643 Im Übrigen soll auch ein Postulat «Schadenprävention im Obligationenrecht», das Ähnliches verlangt, nach Antrag des Bundesrates abgelehnt werden.¹²³⁵

1231 Es trifft allerdings zu, hinten N662 f.

1232 Der Bundesrat ging davon aus, dass ein Zins von 10 Prozent «zum heutigen Zeitpunkt» und bei «den aktuellen Zinssätzen auf dem Kapitalmarkt» ein Strafschadenersatz wäre (BERICHT «ZAHLUNGSSCHLENDRIAN», S. 4653). Ob ein Verzugszins von 10 Prozent ein Strafschadenersatz gewesen wäre (oder vielmehr angemessen gewesen wäre), ist hier nicht relevant. Relevant ist nur, dass die Motion mit diesem Argument vom Bundesrat abgelehnt und schliesslich vom Parlament abgeschrieben wurde.

1233 Vgl. Geschäft 08.3169 und Geschäft 12.045 auf der Website des Parlaments. Zum Abschreiben angenommener Motionen vgl. Art.122 Abs.3 ParlG.

1234 Wenn das Bundesgericht fordert, die Materialien seien nur von Bedeutung, wenn sie im Gesetz Niederschlag gefunden haben (BGE 139 III 368 Erw. 3.2 S. 373), könnte dieser Bericht oder die Ablehnung der Motion allerdings keine (auch mittelbare) normative Bedeutung haben. Der fehlende Niederschlag im Gesetz muss aber die Berücksichtigung dieser Motion und ihrer Ablehnung nicht völlig ausschliessen, sondern beeinflusst wohl einfach ihr Gewicht. Immerhin hat die Motion insofern Niederschlag im Gesetz gefunden, als Art.104 OR *nicht* geändert wurde, sondern (weiterhin) in der Fassung von 1911 besteht.

1235 Vgl. Geschäft 18.3657 auf der Website des Parlaments. Vgl. zudem die parlamentarische Initiative «Verzugszinssatz des Bundes. Anpassung an die Marktzinsen», die eine Regelung verlangt, «die den Verzugszinssatz an die allgemeine Entwicklung der Marktzinssätze anbindet» (Geschäft 16.470 auf der Website des Parlaments). Solches sieht das deutsche Recht in den §§ 247 und 288 BGB vor.

VIII. Gewinnzusagen

«Ein Unternehmen, das Gewinnzusagen oder vergleichbare Mitteilungen an Konsumenten sendet und durch die Gestaltung dieser Zusendung den Eindruck erweckt, dass der Konsument einen Preis gewonnen hat, hat dem Konsumenten diesen Preis zu leisten.»¹²³⁶ 644

Einer solchen Norm kann man einen Präventionszweck unterstellen, da damit ein Anreiz gesetzt wird, keine «Gewinnzusagen» mehr zu machen (jedenfalls keine solchen, die man nicht erfüllen will). Man kann eine solche Norm auch als überkompensatorisch erachten. Das alternative Verhalten wäre, keine Gewinnzusage zu machen, sodass keine Leistung geschuldet wäre und der Konsument keine Leistung erhalten würde. Damit ist die Rechtsfolge eine andere Vermögenslage als die, die bestünde, wenn das Verhalten gar nicht erfolgt wäre. Das Gleiche könnte man dann aber auch für Anträge zu einem Vertragsschluss sagen: Wer einen solchen Antrag abgibt, ist – je nach Inhalt des beantragten Vertrages – bei Annahme des Antrags schlechter gestellt, als wenn er den Antrag nicht abgegeben hätte.¹²³⁷ Dann ist der Präventionszweck aber nicht mehr als die bereits von Artikel 1 OR vorgesehene Bindung an eigene Versprechen. Einen eigenen Erkenntniswert – für die Frage, ob das Privatrecht überkompensatorische Rechtsfolgen mit Präventionszweck vorsieht – hat der Präventionszweck dann nicht mehr, weil dann jeder vertraglichen Bindung ein Präventionszweck zukäme.¹²³⁸ Die vorgeschlagene Norm wurde aber ohnehin nicht erlassen.¹²³⁹ 645

1236 Art. 8a OR gemäss VORENTWURF LOTTERIEGESETZ. Dieses Lotteriegelgesetz trat nie in Kraft, damit auch nicht dieser Art. 8a OR. Die Website (vgl. die Hinweise im Materialienverzeichnis) verweist auf das BGS, das eine solche Regel nicht enthält.

1237 Und der Inhalt eines «Gewinnversprechens» ist einfach die Schlechterstellung desjenigen, der es abgibt. Dass es als einseitiges Rechtsgeschäft (ZELLWEGER-GUTKNECHT, Art. 8 OR N 1, bezeichnet immerhin die Auslobung als «bedingtes einseitiges Rechtsgeschäft») keiner Annahme bedarf, ändert daran nichts. Denn beim Gewinnversprechen liegt es wie beim Vertragsantrag nicht in der Hand des Erklärenden, ob die Bindung zustande kommt.

1238 Dass den Regeln über vertragliche Bindung zumindest eine Präventionswirkung zukommt, kann man wohl nicht bestreiten: Durch sie wird nämlich bewirkt, dass eine rechtsgeschäftliche Erklärung in der Regel nur abgibt, wer durch sie auch gebunden sein will. Und wer diese Regel verletzt – und eine rechtsgeschäftliche Erklärung abgibt, ohne gebunden sein zu wollen –, ist (wenn jemand zum Beispiel seinen Antrag annimmt) schlechter gestellt, als wenn er die Erklärung nicht abgegeben hätte. Betrachtet man bereits das als Überkompensation, kommt auch dem Kriterium der Überkompensation kein Erkenntniswert mehr zu.

1239 Und ihr Inhalt gilt auch nicht ohnehin. Denn «Gewinnzusagen» sind keine Auslobungen (die bereits Art. 8 OR erfasst), da diese öffentlich sein müssen (dazu ZELLWEGER-GUTKNECHT, Art. 8 OR N 17 ff.), und sie sind keine «Preis ausschreiben», da diese eine Anmeldung voraussetzen (dazu N 27). Allerdings erliess das Bundesgericht einem

IX. Kollektive Rechtsdurchsetzung

1. Artikel 10 UWG

646 Artikel 10 UWG sieht Mittel der kollektiven Rechtsdurchsetzung vor.¹²⁴⁰ Mittel oder «Instrumente» der kollektiven Rechtsdurchsetzung dienen (auch) Präventionszwecken (oder jedenfalls werden sie deshalb vorgesehen).¹²⁴¹ Solche Mittel dienen zwar nicht durch den Inhalt der Ansprüche der Prävention; denn der «Inhalt» ist der gleiche, wenn das Recht kollektiv durchgesetzt wird, wie wenn es individuell durchgesetzt wird.¹²⁴² Wenn der Anreiz des AGB-Verwenders (missbräuchliche Geschäftsbedingungen zu verwenden) darin gründet, dass die «Entdeckungswahrscheinlichkeit» gering ist (was für den Erwartungswert von Bedeutung ist),¹²⁴³ wird der Anreiz geringer, wenn die Rechtsdurchsetzung verbessert wird, also die Chance steigt, dass er «entdeckt» wird. Deshalb *wirken* Mittel der kollektiven Rechtsdurchsetzung (auch) präventiv, und da sie der Gesetzgeber gerade wegen dieser Wirkung vorgesehen hat, *bezwecken* sie auch Prävention. Mittel der kollektiven Rechtsdurchsetzung sind aber nicht per se überkompensatorisch.¹²⁴⁴ Anders wäre das allenfalls dann, wenn dem, der zur kollektiven Rechtsdurchsetzung berechtigt ist,¹²⁴⁵

Kläger – er machte geltend, aus einem «Gewinnversprechen» schulde der Beklagte ihm 50'000 Franken – in einem Entscheid vom 19. Dezember 2001 im Verfahren 4C.261/2001 die Gerichtskosten, da er mit seiner Klage (auch öffentliche Interessen gewahrt habe und) in der Sache obsiegt hätte; vgl. KOLLER TH., Gewinnversprechen, S. 384.

1240 Zu einem Anwendungsfall vgl. den Beschluss des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 12. Juli 2018 im Verfahren HG170181-O (und dazu den Entscheid des Bundesgerichts vom 18. Februar 2019 im Verfahren 4A_483/2018).

1241 Vgl. BOTSCHAFT UWG 1983, S. 1010; BOTSCHAFT UWG 2009, S. 6162f.; RÜETSCHI, Art. 10 UWG N 10, für die Klage nach Art. 10 Abs. 2 UWG. Vgl. auch vorn N 417.

1242 Gemäss Art. 10 Abs. 2 und 3 UWG sogar weniger. Die Frage, *wem* ein Anspruch zusteht, kann man natürlich auch schon als Teil von dessen Inhalt verstehen. Es bleiben aber so oder anders zwei verschiedene Fragen: *Wer* (von wem) etwas verlangen darf und *was* er verlangen darf (wobei *was* sich wiederum daraus ergibt, *woraus* er es verlangen darf, nämlich nur aus Art. 9 Abs. 1 und 2 [und nicht 3] [in Verbindung mit Art. 10] UWG).

1243 Vgl. vorn N 315f. und vorn N 320.

1244 Insofern führt kollektive Rechtsdurchsetzung nicht zwingend zu «punitive damages» und Ähnlichem. Es ist allerdings das eine wie das andere eine Einschränkung der Privatautonomie. Damit ist aber nicht gesagt, dass eine solche Einschränkung nicht zugunsten der besseren Rechtsdurchsetzung – wohl wie die Privatautonomie ein Ziel mit Verfassungsrang – hingenommen werden *könnte*. Ob man das *möchte*, muss aber wohl der Gesetzgeber entscheiden, indem er diese Ziele und Interessen abwägt. Hier ist nur zu untersuchen, ob er das *getan hat*.

1245 Die Rechtsdurchsetzung ist nämlich regelmässig nur «materiell» eine kollektive; anspruchsberechtigt sind aber regelmässig Einzelne, nach Art. 10 Abs. 2 UWG Verbände und Organisationen, und nicht die «an sich» Berechtigten, die auch individuell vorgehen könnten.

auch reparatorische Ansprüche zustünden und er das, was sich aus der Durchsetzung dieser Ansprüche ergibt, auch behalten dürfte; nach Artikel 10 UWG können reparatorische Ansprüche aber gerade nicht geltend gemacht werden.¹²⁴⁶

Immerhin stehen dem zur kollektiven Rechtsdurchsetzung Berechtigten natürlich auch nach dem geltenden Artikel 10 Absätze 2 und 3 Ansprüche zu, die keiner Verletzung *seiner* Rechte entsprechen; insofern liegt bereits darin ein überkompensatorischer Anspruch. Das ergibt sich aber nur aus einer eher formellen Betrachtung. Eher materiell betrachtet macht der («formell») Berechtigte aber weiterhin die Ansprüche des «an sich» («materiell») Berechtigten geltend, wenn auch in eigenem Namen.¹²⁴⁷ Dass jemand Ansprüche hat und durchsetzen kann, ohne dass die «eigentlichen» Tatbestandsvoraussetzungen bei ihm vorliegen, ist damit materiell betrachtet kein überkompensatorischer Anspruch, denn dieser – «an sich» nicht überkompensatorische – Anspruch besteht ja beim «Vertretenen». Auch das ändert aber nichts daran, dass der Gesetzgeber gerade reparatorische Ansprüche allein bei der individuellen Rechtsdurchsetzung ermöglicht.¹²⁴⁸ Selbst wenn man also annimmt, kollektive Rechtsdurchsetzung sei – eben aufgrund einer formellen Betrachtung – bereits überkompensatorisch, ändert das aber nichts. Denn der Gesetzgeber hätte auch dann nur gerade *diese* überkompensatorischen Ansprüche vorgesehen und nicht auch solche, die auch «materiell» überkompensatorisch sind (indem sie den Schuldner auch umfangmässig schlechterstellen). Damit ist auch Artikel 10 UWG weder Grundlage noch Ausdruck einer allgemeinen Regel, dass die Verletzung privatrechtlicher Regeln «materiell» überkompensatorische (und dabei insbesondere reparatorische) Rechtsfolgen nach sich zieht.

2. ZPO 2011

Die geltende Zivilprozessordnung sieht zwar in Artikel 89 eine «Verbandsklage», und zwar nur bei Verletzung der Persönlichkeit, vor. Mit dieser kann zudem nur «beantragt werden, eine drohende Verletzung zu verbieten; eine bestehende Verletzung zu beseitigen; [oder] die Widerrechtlichkeit einer

1246 Vgl. zu einem gegenteiligen Vorschlag hinten N 650 ff.

1247 Er handelt namentlich nicht als Prozessstandschafter; «[i]n materieller Hinsicht machen [die Verbände] dabei aber keine eigenen Ansprüche geltend, sondern werden als Stellvertreter tätig» (RÜETSCHI, Art. 10 UWG N 10).

1248 Kritisch zur bundesrätlichen Begründung dieser Einschränkung – dass der Verbandsklage eine stellvertretende Funktion zukomme – RÜETSCHI, Art. 10 UWG N 13, «da ein Stellvertreter typischerweise sämtliche Rechte des Vertretenen geltend machen kann».

Verletzung festzustellen, wenn sich diese weiterhin störend auswirkt». Reparatoren Ansprüche können damit also auch hier nicht geltend gemacht werden; Art. 89 ZPO entspricht also grundsätzlich Art. 10 UWG.¹²⁴⁹

649 Schon der Bundesrat lehnte Normen ab, die (weitergehende) überkompensatorische Rechtsfolgen vorsehen: «Hingegen verzichtet der Entwurf auf Instrumente, die unserem Rechtssystem nicht entsprechen. Zu denken ist an die [so genannte] Sammelklage (class action) des amerikanischen Rechts, die verfahrens- und materiellrechtlich mehr Probleme schafft als löst. Dem Gedanken kollektiver Interessenwahrung wird gleichwohl Rechnung getragen – durch die eingespielten Institute der Streitgenossenschaft sowie durch die Verbandsklage¹²⁵⁰.»¹²⁵¹

3. Revision der ZPO

650 Unter Hinweis auf einen «Bericht «Kollektiver Rechtsschutz in der Schweiz – Bestandsaufnahme und Handlungsmöglichkeiten» vom 3. Juli 2013¹²⁵² geht der Bundesrat davon aus, «dass die bestehenden Instrumente des geltenden Rechts zur effizienten und effektiven Durchsetzung von Massen- und Streuschäden praktisch ungenügend beziehungsweise teilweise untauglich sind. Der Bericht zeigt eine Lücke im geltenden Rechtssystem, womit auch der Zugang zur Gerichtsbarkeit faktisch nicht immer gewährleistet ist.»¹²⁵³

651 Der Bundesrat schlägt mit Artikel 89a ZPO¹²⁵⁴ eine «[r]eparatorische Verbandsklage» vor: «[N]eu soll auch eine reparatorische Verbandsklage zur Durchsetzung von Masseschäden sowie teilweise auch Streuschäden möglich

1249 Nach Art. 10 Abs. 2 UWG sind die Berufs- und Wirtschaftsverbände (lit. a) und Organisationen (lit. b) zudem berechtigt, zu verlangen, dass «eine Berichtigung oder das Urteil Dritten mitgeteilt oder veröffentlicht wird»; etwas, was Art. 89 ZPO nicht vorsieht. (Und nach Art. 89 Abs. 3 ZPO «[bleiben b]esondere gesetzliche Bestimmungen über die Verbandsklage ... vorbehalten», also namentlich Art. 10 UWG.)

1250 Im ENTWURF ZPO 2006 wurde mit Art. 87 folgende «Verbandsklage» vorgeschlagen: «¹Vereine und andere Organisationen von gesamtschweizerischer oder regionaler Bedeutung, die nach ihren Statuten zur Wahrung der Interessen bestimmter Personengruppen befugt sind, können in eigenem Namen auf Verletzung der Persönlichkeit von Angehörigen dieser Personengruppen klagen. ²Mit der Verbandsklage kann beantragt werden: a. eine drohende Verletzung zu verbieten; b. eine bestehende Verletzung zu beseitigen; c. die Widerrechtlichkeit einer Verletzung festzustellen, wenn sich diese weiterhin störend auswirkt. ³Besondere gesetzliche Bestimmungen über die Verbandsklage bleiben vorbehalten.»

1251 BOTSCHAFT ZPO 2006, S. 7224; vgl. auch S. 7288 ff. zu den diesbezüglichen Vernehmlassungsergebnissen und ihrer «Umsetzung» im Entwurf.

1252 BERICHT KOLLEKTIVER RECHTSSCHUTZ (insbesondere S. 14).

1253 ERLÄUTERNDER BERICHT ZPO 2018, S. 8.

1254 «Art. 89a Reparatorische Verbandsklage. ¹Nach Artikel 89 klageberechtigte Organisationen können unter den folgenden Voraussetzungen in eigenem Namen Ansprüche

sein.»¹²⁵⁵ «[D]abei kann eine klagende Organisation, insbesondere ein Verein, im Wege einer sogenannten Prozessstandschaft in eigenem Namen finanzielle Ansprüche der betroffenen Angehörigen einer bestimmten Personengruppe geltend machen. Damit soll insbesondere die Geltendmachung sogenannter Massenschäden ermöglicht werden, indem finanzielle Ansprüche vieler betroffener Personen aufgrund einer ausdrücklichen Ermächtigung (*opt in*) in Schriftform oder in einer anderen Form, die den Nachweis durch Text ermöglicht, mit Verbandsklage geltend gemacht werden können.»¹²⁵⁶

Zudem «soll ein allgemeines Gruppenvergleichsverfahren vorab zur Geltendmachung von Massenschäden geschaffen werden (vgl. Art. 352a ff. VE-ZPO¹²⁵⁷).¹²⁵⁸ Dabei schliessen eine oder mehrere Personen, der oder denen eine Rechtsverletzung vorgeworfen wird, und eine oder mehrere Organisationen, die im gemeinsamen Interesse sämtlicher von dieser (mutmasslichen) Pflichtverletzung betroffener und damit (mutmasslich) geschädigter Personen handeln, einen Gruppenvergleich. Dieser wird vom Gericht geprüft und genehmigt und damit für alle betroffenen Personen für verbindlich erklärt, wenn [er] bestimmte gesetzliche Voraussetzungen erfüllt, es sei denn,

auf Schadenersatz oder Herausgabe eines Gewinns entsprechend den Bestimmungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag einklagen: ^a. Die Angehörigen der Personengruppe haben wegen der Rechtsverletzung einen solchen Ersatzanspruch. ^b. Der allfällige Prozessgewinn kommt überwiegend dieser Personengruppe zu oder wird ausschliesslich in deren Interesse verwendet. ^c. Die betroffenen Angehörigen der Personengruppe haben die betreffende Organisation schriftlich oder in einer anderen Form, die den Nachweis durch Text ermöglicht, zur Prozessführung ermächtigt. ^d. Die Organisationen sind zur Geltendmachung der Ersatzansprüche geeignet, insbesondere weil sie: ¹. gesamtschweizerisch tätig oder von gesamtschweizerischer Bedeutung sind, ². über mehrjährige Erfahrung im betroffenen Rechtsbereich verfügen oder von der Mehrheit der Angehörigen der Personengruppe zur Prozessführung ermächtigt wurden. ² Sie haben sämtliche ihnen bekannten Angehörigen der Personengruppe sowie die Öffentlichkeit spätestens mit der Einreichung ihrer Klage angemessen über die Klage und ihren Inhalt zu informieren, es sei denn, sie wurden von sämtlichen von der Rechtsverletzung betroffenen Angehörigen der Personengruppe zur Prozessführung ermächtigt. ³ Soweit Angehörige der Personengruppe zur Durchsetzung ihrer Ersatzansprüche bereits früher Klage erhoben haben, können sie in diesen Verfahren unter Anschluss an die Verbandsklage den Rückzug erklären» (VORENTWURF ZPO 2018).

1255 ERLÄUTERNDER BERICHT ZPO 2018, S. 3.

1256 ERLÄUTERNDER BERICHT ZPO 2018, S. 17.

1257 «1. Titel: Gruppenvergleiche. Art. 352a Grundsatz. ¹ Organisationen, die nach Artikel 89 zur Verbandsklage legitimiert sind, können mit Personen, denen sie eine Rechtsverletzung vorwerfen, in einem Gruppenvergleich die Folgen dieser Rechtsverletzung regeln. ² Sie können beim zuständigen Gericht einen gemeinsamen Antrag auf Genehmigung und Verbindlicherklärung des Gruppenvergleichs für sämtliche von der Rechtsverletzung betroffenen Personen stellen.» (VORENTWURF ZPO 2018).

1258 ERLÄUTERNDER BERICHT ZPO 2018, S. 17.

eine betroffene Person erklärt innert einer bestimmten Frist ihren Austritt (sog. *opt out*, vgl. Art. 352g VE-ZPO¹²⁵⁹),»¹²⁶⁰

653 Es würde also «die ZPO um Instrumente der echten kollektiven Rechtsdurchsetzung ergänzt. ... Umgekehrt weiterhin nicht in Betracht kommt für den Bundesrat die Schaffung einer eigentlichen Gruppenklage, wie sie teilweise auch verlangt wurde, oder gar einer Sammelklage US-amerikanischen Zuschnitts nach einem *opt out*-Konzept.»¹²⁶¹ «Aus prinzipiellen Gründen sieht der Bundesrat demgegenüber von weitergehenden (Experten-)Vorschlägen ab, angesichts der sogenannten rationalen Apathie seitens der Geschädigten für Streuschäden ein Verbandsklage-Modell mit Austrittsmöglichkeit der Geschädigten (*opt out*) einzuführen.»¹²⁶²

654 *Formell* würden mit der «reparatorischen Verbandsklage» überkompensatorische Ansprüche vorgesehen: Der Verband klagt «in eigenem Namen» (und zwar nunmehr auch, was reparatorische Ansprüche angeht). Er erhält also mehr, als was zur Kompensation *seines* Nachteils nötig wäre (denn er selber hat ja überhaupt keinen Nachteil). Dabei muss aber weiterhin der Verletzer nicht mehr ersetzen als den Schaden, nicht mehr herausgeben als die Bereicherung oder den Gewinn.¹²⁶³ *Materiell* handelt es sich aber auch hier nicht um überkompensatorische Ansprüche, denn «[d]er allfällige Prozessgewinn [muss] überwiegend dieser Personengruppe zu[kommen] oder ... ausschliesslich in deren Interesse verwendet [werden]»¹²⁶⁴. Ähnliches gilt für das vorgeschlagene Gruppenvergleichsverfahren.¹²⁶⁵

1259 «Art. 352g Austritt. ¹Jede vom Gruppenvergleich betroffene Person hat das Recht, gegenüber der im Gruppenvergleich bezeichneten Vertretung ihren Austritt aus dem Gruppenvergleich zu erklären. ²Der Austritt ist innert der vom Gericht angesetzten Frist von mindestens drei Monaten ab dem Zeitpunkt der Genehmigung schriftlich oder unter Verwendung des von den Parteien des Gruppenvergleichs gemeinsam veröffentlichten Formulars zu erklären. ³Erhält eine betroffene Person erst nach Ablauf der Frist Kenntnis, dass sie vom Gruppenvergleich betroffen ist, so kann sie auch nach Ablauf dieser Frist austreten, wenn sie umgehend nach Entdecken gegenüber der bezeichneten Vertretung nachweist, dass sie bisher keine Kenntnis von der Betroffenheit haben konnte. ⁴Mit dem Austritt ist der Gruppenvergleich für die betroffene Person nicht verbindlich» (VORENTWURF ZPO 2018).

1260 ERLÄUTERNDER BERICHT ZPO 2018, S. 17f. (Herv. i.O.).

1261 ERLÄUTERNDER BERICHT ZPO 2018, S. 15.

1262 ERLÄUTERNDER BERICHT ZPO 2018, S. 18.

1263 Die Art. 62 ff. OR sind im Wortlaut der vorgeschlagenen Normen nicht enthalten. Wie bei Art. 9 Abs. 3 UWG hindert das aber wohl nicht daran, auch Bereicherungsansprüche zuzulassen.

1264 Art. 89a Abs. 1 lit. b VORENTWURF ZPO 2018.

1265 Vgl. zum Beispiel Art. 352f Abs. 1 lit. b VORENTWURF ZPO 2018, wonach der Gruppenvergleich nur genehmigt wird, wenn «die Entschädigung der Rechtsverletzung ... angemessen ist» und (lit. c) wenn «eine unabhängige Instanz bestimmt ist, welche die

Die Artikel 89a und 352a ff. ZPO müssten geltendes Recht sein, um überhaupt Grundlage für die Annahme einer allgemeinen Regel des Obligationenrechts¹²⁶⁶ über überkompensatorische Rechtsfolgen sein zu können. Auch wenn sie das dereinst werden sollten,¹²⁶⁷ begründen sie keine «materiell» überkompensatorischen Ansprüche, wären also auch dann weder Grundlage noch Ausdruck einer entsprechenden allgemeinen Regel. Es liegt im Gegenteil die Annahme nahe, die auch bei Artikel 9 f. UWG gemacht wurde. Auch hier will der Gesetzgeber den «Erwartungswert» einer Rechtsverletzung – und damit den Anreiz zu einer solchen – nicht dadurch verkleinern, dass er den zu erwartenden Nachteil vergrössert, sondern dadurch, dass er die Chance, dass dieser Nachteil sich verwirklicht (eben die «Entdeckungswahrscheinlichkeit»), vergrössert.¹²⁶⁸ Er hat sich also auch hier für ein Mittel – und damit gegen oder zumindest nicht für ein anderes (wie «materiell» überkompensatorische Verletzungsrechtsfolgen) – entschieden.

X. Artikel 4 und 10 PüG

«[Der Preisüberwacher] verhindert oder beseitigt die missbräuchliche Erhöhung und Beibehaltung von Preisen»,¹²⁶⁹ und zwar «für Wettbewerbsabreden im Sinne des Kartellgesetzes ... und für marktmächtige Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts», also nicht allgemein.¹²⁷⁰ Nach Artikel 10 PüG «untersagt der Preisüberwacher die Erhöhung ganz oder teilweise oder verfügt eine Preissenkung», wenn «keine einvernehmliche Regelung

Entschädigungen für die betroffenen Personen bemisst, wenn die Höhe und Art der Entschädigungen im Gruppenvergleich nicht festgelegt sind».

1266 Es handelt sich bei Normen der ZPO natürlich nicht im formellen Sinn um Normen des Obligationenrechts. Im materiellen Sinn handelt es sich hier aber um Normen des Obligationenrechts, da damit Ansprüche von «klageberechtigte[n] Organisationen» (Art. 89a Abs. 1 Ingress VORENTWURF ZPO 2018) begründet werden, die aufgrund des (eben: sonstigen) materiellen Rechts nicht bestünden. Vgl. für Art. 89 ZPO WEBER PH., Art. 89 ZPO N 4, und vorn N 37.

1267 Mit BOTSCHAFT ZPO 2020, S. 2721 f., schlug der Bundesrat allerdings vor, die Vorschläge zur Schaffung der Art. 89a und 352a ff. ZPO «abzuspalten» und separat zu behandeln. Zurzeit werden diese also nicht weiterverfolgt und namentlich nicht dem Parlament vorgeschlagen (Art. 141 ParlG).

1268 Der Begriff der «Entdeckungswahrscheinlichkeit» muss hier weit verstanden werden. Dass der Konsument erkennt, dass allgemeine Geschäftsbedingungen missbräuchlich sind, genügt noch nicht; nötig ist auch, dass er sich nicht mehr an den Vertrag gebunden fühlt (was praktisch wiederum voraussetzen dürfte, dass der AGB-Verwender auf die Durchsetzung des Unzulässigen verzichtet, was eben dadurch sichergestellt werden kann, dass er sonst mit der gerichtlichen Durchsetzung rechnen muss).

1269 Art. 4 Abs. 2 PüG.

1270 Art. 2 PüG.

zustande[kommt]». Der Bundesrat führte dazu aus, dass «die Preise nicht unter das Wettbewerbsniveau gesenkt werden sollten.»¹²⁷¹

657 Die von Artikel 10 PÜG vorgesehene Rechtsfolge kann als kompensatorische Rechtsfolge betrachtet werden. Wer missbräuchliche Preise vorsieht, wird nicht verpflichtet, diese unter das Niveau zu senken,¹²⁷² das er auf einem «freien Markt» für seine Waren oder Dienstleistungen¹²⁷³ hätte verlangen können (den «Als-ob-Wettbewerbspreis»)¹²⁷⁴. Doch es wird dem Anbieter nicht erlaubt, einen Preis zu verlangen, der (gerade noch) zulässig (und noch nicht missbräuchlich) ist. Das ist aber nicht eine überkompensatorische Rechtsfolge, sondern hat eher damit zu tun, dass im Fall des Artikels 4 PÜG der angemessene und der gerade noch zulässige Preis zusammenfallen dürften.¹²⁷⁵

XI. Artikel 51 ff. VVG

658 «Übersteigt die Versicherungssumme den Versicherungswert (Übersicherung), so ist der Versicherer gegenüber dem Versicherungsnehmer an den Vertrag nicht gebunden, wenn der Versicherungsnehmer den Vertrag in der Absicht abgeschlossen hat, sich aus der Übersicherung einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen. Der Versicherer hat auf die ganze vereinbarte Gegenleistung Anspruch.»¹²⁷⁶

659 «Wird dasselbe Interesse gegen dieselbe Gefahr und für dieselbe Zeit bei mehr als einem Versicherer dergestalt versichert, dass die Versicherungssummen zusammen den Versicherungswert übersteigen (Doppelversicherung), so ist der Versicherungsnehmer verpflichtet, hiervon allen Versicherern ohne Verzug schriftlich Kenntnis zu geben. Hat der Versicherungsnehmer diese Anzeige absichtlich unterlassen oder die Doppelversicherung in der Absicht abgeschlossen, sich daraus einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, so sind die Versicherer gegenüber dem Versicherungsnehmer an den Vertrag nicht gebunden. Jeder Versicherer hat auf die ganze vereinbarte Gegenleistung Anspruch.»¹²⁷⁷

1271 BOTSCHAFT PÜG, S. 773.

1272 Oder, im Falle einer Nicht-Senkung, dort zu belassen.

1273 Vgl. Art. 1 PÜG.

1274 BOTSCHAFT PÜG, S. 771.

1275 Zu dieser Situation vorn N 172 ff. Vgl. allerdings zu den unterschiedlichen Möglichkeiten, den relevanten Preis (den «Als-ob-Wettbewerbspreis») zu ermitteln – die dann auch unterschiedliche Ergebnisse liefern können –, BOTSCHAFT PÜG, S. 771 ff. Das ist aber nicht ein Auseinanderfallen des angemessenen und des gerade noch zulässigen Preises, sondern ein Auseinanderfallen der Möglichkeiten, diesen zu berechnen.

1276 Art. 51 VVG.

1277 Art. 53 VVG.

In beiden Fällen verliert der Versicherungsnehmer seine Ansprüche ganz, das heisst, der Versicherer ist im Schadenfall von seiner Leistungspflicht befreit,¹²⁷⁸ während die Ansprüche des Versicherers beziehungsweise der Versicherer vollständig erhalten bleiben.¹²⁷⁹ Das kann man wohl nur als überkompensatorisch betrachten.¹²⁸⁰ Das kann man für den Versicherungsvertrag aber mit dessen «aleatorische[m] Charakter»¹²⁸¹ erklären. Eine Anwendung von Artikel 41, 62 ff. und 423 OR wurde unter anderem deshalb abgelehnt, weil der Schaden, die Bereicherung oder der Gewinn nur «rechnerisch» bestehen, aufgrund des Erwartungswertes. Hier wird gerade das aber angeordnet: Der Versicherungsnehmer soll nicht nur die Versicherungsleistung soweit verlieren, wie er über- oder doppelversichert war, sondern vollständig. Diesen vollständigen Verlust kann man als Ausgleich dafür betrachten, dass er im Fall, dass die Über- oder Doppelversicherung nicht bemerkt worden wäre, mehr erhalten hätte (also die Versicherung einen Erwartungswert hatte, der den Erwartungswert eines allfälligen Schadens übersteigt). Ist es aber gerade ein Merkmal (genauer: eine Voraussetzung) des Versicherungsvertrages, solche aleatorischen Elemente zu berücksichtigen,¹²⁸² scheint es nur konsequent, das auch für die Rechtsfolgen von Fehlverhalten zu tun.

Jedenfalls eine allgemeine Regel, dass privatrechtliche Normen zum Schutz von «Schwächeren» überkompensatorische Rechtsfolgen nach sich ziehen sollen, kann sich aus den Artikeln 51 und 53 VVG ohnehin nicht ergeben. Sie schützen ja den Versicherer, nicht den Versicherten, also den «Stärkeren». Im Übrigen tritt die Rechtsfolge in beiden Fällen nur bei Absicht ein, also zumindest nicht allgemein.¹²⁸³

1278 BOLL, Art. 51 VVG N 12 und Art. 53 VVG N 24.

1279 Der Versicherungsnehmer schuldet die Prämie für die ganze (auch die noch verbleibende) Versicherungsperiode (immerhin aber nicht auch noch für weitere Versicherungsperioden) (BOLL, Art. 51 VVG N 14, und zwar obwohl seit dem 1. Januar 2006 das «Prinzip der Teilbarkeit statt jenes der Unteilbarkeit der Prämie» gilt [BOLL / STADELMANN STÖCKLI, Art. 51 VVG ad N 14]).

1280 Als kompensatorische Rechtsfolge wäre nämlich auch eine Herabsetzung der Versicherungssumme möglich, wie es Art. 52 VVG für die «Übersicherung gegen Feuergefahr» vorsieht, die auch eine Herabsetzung der Prämie nach sich zieht (BOLL, Art. 52 VVG N 7).

1281 STOESEL, Allgemeine Einleitung N 17; vgl. auch N 6.

1282 STOESEL, Allgemeine Einleitung N 2 lit. a und N 6.

1283 Für die Berücksichtigung «subjektiver Momente» für die Bestimmung der Rechtsfolge der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen vgl. vorn N 343 f. und vorn N 391 ff.

XII. Ergebnis

- 662 Das Obligationenrecht enthält einzelne Normen,¹²⁸⁴ die überkompensatorische oder jedenfalls übermässige Rechtsfolgen vorsehen. Wo das der Fall ist, bezwecken diese Normen regelmässig Prävention. Diese Normen sind jedoch weder Ausdruck noch Grundlage einer allgemeinen Regel – eines Prinzips –, dass die Rechtsfolgen der Verletzung der Schranken der Privatautonomie überkompensatorisch sind. Denn diese Normen regeln entweder einen besonderen Interessenkonflikt, der nicht verallgemeinert werden kann und namentlich bei Artikel 8 UWG nicht (so) vorliegt. Oder es liegen andere Gründe vor, die betroffenen Interessen genau so zu bewerten, wie der Gesetzgeber es getan hat.
- 663 Deshalb ist die Annahme abzulehnen, dass für das Obligationenrecht die allgemeine Regel bestehe, dass die Rechtsfolge der Verletzung der Schranken der Vertragsfreiheit überhaupt, in Ungleichgewichtslagen oder bei Absicht überkompensatorisch ist oder sein muss.¹²⁸⁵

§ 26 Prinzip der Geltung des Zulässigen?

I. Allgemeines

- 664 Es wurde untersucht, was gelten könnte, nämlich eine allgemeine Regel überkompensatorischer Rechtsfolgen und damit eine erweiterte Unwirksamkeit als vertragliche Rechtsfolge der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen. Diese Annahme wurde abgelehnt. Damit ist aber noch nicht gesagt, was gilt. Das jedenfalls dann, wenn man nicht – bereits aufgrund von Vertragsfreiheit, «pacta sunt servanda» oder einer «Freiheitsvermutung»¹²⁸⁶ –

1284 So DASSER, Punitive damages, S. 107: «Die Beispiele sind noch äusserst vereinzelt und weit verstreut.» Er folgert daraus aber eher das Gegenteil, als was hier angenommen wird: «Dies ändert jedoch nichts daran, dass funktionale Entsprechungen zu punitive damages mit gezielt präventiver Funktion in unser Privatrecht Eingang gefunden haben» (ebd.). Nach BARNIKOL, S. 155, «[kommen i]m schweizerischen Recht ... zivilrechtliche Vorschriften mit Strafcharakter kaum vor».

1285 Es spielt also auch keine Rolle, ob Art. 8 UWG wirklich nur Konsumenten (als «AGB-Unterworfene») erfasst. Denn wenn selbst für «Ungleichgewichtslagen» die Geltung des Zulässigen gilt, gilt das erst recht, wenn der «AGB-Unterworfene» kein Konsument ist, sondern ein «Unternehmer», der jedenfalls nicht in gleichem Masse «schutzbedürftig» sein dürfte. Dass Art. 8 UWG auch auf der Seite des «Unterworfenen» nicht nur Konsumenten erfasse (sondern nur «insbesondere ... Konsumenten»), nimmt HOLLIGER-HAGMANN, Rz. 25, an (kritisch dazu COENDET, S. 56). Dabei geht es wohl unter anderem um die Frage einer «Sperrwirkung» der besonderen Tatbestände des UWG gegenüber der Generalklausel (oder hier sogar gewissermassen «gegen sich selber»); ablehnend zu einer solchen im Allgemeinen FERRARI HOFER, Art. 2 UWG N 18.

1286 BUCHER, Subjektives Recht, S. 53.

einen «Normalzustand» oder einen «allgemeinen negativen Satz»¹²⁸⁷ annehmen möchte, der in kompensatorischen Rechtsfolgen besteht, für Artikel 8 UWG also in der Geltung des Zulässigen.¹²⁸⁸

Doch eine allgemeine Regel (ein Prinzip) kann sich wohl auch aus Normen 665 ergeben, die jeweils besondere Fälle regeln (und aufgrund des besonderen Sachverhalts, den sie regeln, erklärt werden können). Denn das ist ja gerade Sinn der (Gesamt-)Analogie: zu fragen, ob aus Normen, die eben nicht allgemein oder nicht für den konkret untersuchten Fall (hier die Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen) formuliert sind, sich eben doch etwas Allgemeines ergibt. Die Deduktion einer allgemeinen Regel aus einer Norm setzt ja gerade voraus, dass von den Besonderheiten dieser Norm (und des von ihr erfassten Interessenkonflikts) abstrahiert wird. Und erlässt der Gesetzgeber eine besondere Norm – die man als mögliche Quelle einer allgemeinen Regel betrachtet –, wird er dabei auch spezifische Regeln für diesen Fall vorsehen, ohne dass das zwingend ausschliesst, dass diese Norm Grundlage oder Ausdruck einer allgemein(er)en Regel ist.¹²⁸⁹

Deshalb genügt es nicht, die Normen zu untersuchen, die für eine der 666 denkbaren Rechtslagen sprechen (und ihre «Analogiefähigkeit» zu verneinen). Man muss auch solche Normen (unter-)suchen, die für die andere Rechtslage sprechen. Bisher wurden Normen untersucht, die möglicherweise Prävention bezwecken und dazu überkompensatorische Verletzungsrechtsfolgen vorsehen. Zu (unter-)suchen sind also noch Normen, die entweder keine Prävention bezwecken oder zur Umsetzung dieses Zwecks jedenfalls nicht überkompensatorische (Verletzungs-)Rechtsfolgen vorsehen.¹²⁹⁰ Dabei genügt es,

1287 Dazu vorn Fn. 762.

1288 Damit ist nicht gesagt, dass man das *nicht* sollte. Vollständig ist eine Untersuchung aber nicht, die lediglich sagen kann, was nicht gilt, und nicht, was gilt. Im Ergebnis wird sich aber zeigen, dass die noch zu untersuchenden Normen gerade Grundlage oder Ausdruck eines «Normalzustands» sind, der eben Geltung des Zulässigen als vertragliche Rechtsfolge der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen fordert, allgemein betrachtet also von «pacta sunt servanda» und einer «Freiheitsvermutung». Vgl. nur BGE 122 III 463 Erw. 5.c.cc S. 467 am Ende (Herv. hinz.), wonach durch einen «pauschalisierte[n] Verschuldenszuschlag ... ein pönales Element im Sinn von «punitive damages» in das geltende Recht eingeführt [wird], welches den *allgemeinen Prinzipien der Schadens- und Ersatzbemessung ... widerspricht*». Welche Prinzipien das sind und woraus sie sich ergeben, wird allerdings nicht ausgeführt. Nach UFFMANN, Reduktion, S. 278, basiere das Privatrecht auf dem Ausgleichsgedanken. HONSELL, Strafgedanke, S. 317, verweist auf den «Ausgleichsgedanken». Vgl. auch WAGNER, S. 456, der ein Bereicherungsverbot erwähnt, und BYDLINSKI, System, S. 92 ff., der ein «Prinzip der relativen (zweiseitigen) Rechtfertigung» annimmt.

1289 Vgl. schon vorn N 538.

1290 Die Zweiteilung der Untersuchung suggeriert, dass man die bestehenden Normen in die eine oder andere Kategorie einteilen kann. Das ist natürlich nicht der Fall. Einerseits hat es Normen gegeben (und wird es auch bei der weiteren Untersuchung geben), bei denen es auf die Betrachtungsweise ankommt, zu welcher Kategorie sie gehören.

Normen zu (unter-)suchen, die als Verletzungsrechtsfolge die Geltung des Zulässigen vorsehen. Denn diese bezwecken entweder nicht Prävention oder jedenfalls nicht mit überkompensatorischen Rechtsfolgen; es muss also nicht zusätzlich untersucht werden, was diese Normen bezwecken (und ob sie namentlich Prävention bezwecken).

II. Gegenteilige Normen

1. Schadenersatz bei Delikt (Artikel 41 ff. OR)

a. Artikel 41 und 43 OR

667 «Nach traditioneller Auffassung kommt dem privatrechtlichen Schadenersatzrecht der Schweiz ausgleichende Funktion zu. Jedenfalls für das Deliktsrecht ist mittlerweile jedoch anerkannt, dass dieses auch präventive Zwecke verfolgt.»¹²⁹¹ Denkbar ist namentlich, dass sich aus Artikel 43 Absatz 1 OR ein Präventionszweck des Privatrechts ableiten lässt: «Art und Grösse des Ersatzes für den eingetretenen Schaden bestimmt der Richter, der hiebei sowohl die Umstände als die Grösse des Verschuldens zu würdigen hat.» Doch «[d]ie Vorschrift des Art. 43 Abs. 1 OR kann den Schädiger demzufolge [- denn Grenze des Ersatzes bleibt der Schaden –]¹²⁹² nicht mit einer besonderen Vermögenseinbusse wie hier definiert belasten. ... Den Schädiger kann die in Art. 43 Abs. 1 OR vorgesehene Regel nur besser, nie aber schlechter stellen, als wenn der Schädiger stets den vollen Schaden ausgleichen müsste.»¹²⁹³

668 Artikel 41 OR ist also Ausdruck einer allgemeinen Regel der Kompensation (und nicht der Überkompensation). Artikel 43 OR ändert daran nichts.

b. Artikel 49 OR

669 «Wer in seiner Persönlichkeit widerrechtlich verletzt wird, hat Anspruch auf Leistung einer Geldsumme als Genugtuung, sofern die Schwere der Ver-

Und es hat Normen gegeben (und wird es auch bei der weiteren Untersuchung geben), bei denen zunächst nur vermutet wurde, dass sie zur einen Kategorie gehören, sich aber gezeigt hat, dass sie (eher) zur anderen gehören, die aber aus «Ordnungsgründen» dennoch besser bei der Kategorie behandelt werden, zu der sie eben nur «auf den ersten Blick» gehören. Vgl. zum Ganzen auch HEIZMANN, Strafe, N 516 ff., der «Grenzfälle» untersucht, also davon ausgeht, dass eben nicht klar gesagt werden kann, ob eine Norm Strafe (entsprechend seinem Untersuchungsziel ging es um Strafe, nicht allein um Überkompensation) bezweckt oder bewirkt.

1291 HEIZMANN, Strafe, N 578; solange es präventive Zwecke durch Androhung des Ausgleichs verfolgt, ist das für eine allgemeine Regel überkompensatorischer Rechtsfolgen aber ohne Bedeutung.

1292 Vgl. HEIZMANN, Strafe, N 582.

1293 HEIZMANN, Strafe, N 583. Zum Begriff «besondere Vermögenseinbusse» N 109.

letzung es rechtfertigt und diese nicht anders wiedergutmacht worden ist.»¹²⁹⁴

Geht man vom Schadensbegriff des Artikels 41 OR aus,¹²⁹⁵ ist die «Leistung einer Geldsumme als Genugtuung» überkompensatorisch. Man kann die Genugtuung aber auch verstehen als Ersatz eines immateriellen Schadens.¹²⁹⁶

Das ändert zwar nichts daran, dass der Ersatz mehr ist als der Ausgleich des «vermögenswerten» Schadens. Es führt aber dazu, dass es auch hier nicht darum geht, etwas «auszugleichen», das gar nicht auf der einen oder anderen Seite weg- oder angefallen ist.

Artikel 49 OR erfasst zudem die Verletzung hochwertiger Rechtsgüter, nämlich der Persönlichkeit,¹²⁹⁷ zudem muss «die Schwere der Verletzung» berücksichtigt werden. Bei Artikel 8 UWG geht es hingegen regelmässig um relativ geringwertige Rechtsgüter und geringe Verletzungen.¹²⁹⁸

1294 Art. 49 Abs. 1 OR.

1295 Vorn N 311 ff.

1296 HEIZMANN, Strafe, N 593: «[D]ie Genugtuung [ist] – als Pendant des Geldersatzes für einen Vermögensschaden – als Geldleistung für einen immateriellen Schaden zu begreifen ... und mithin nicht als Strafzahlung.» Vgl. auch WAGNER, S. 460 ff., und HONSELL, Strafgedanke, S. 321. Zudem ist die Genugtuung schon nach dem Wortlaut von Art. 49 Abs. 1 OR (auch) davon abhängig, dass die Verletzung «nicht anders *wiedergutmacht* worden ist». Kann eine (andere) Wiedergutmachung eine Genugtuung ausschliessen, kann es sich auch bei dieser nur um Wiedergutmachung (also einen Ersatz eines [eben immateriellen] Schadens) handeln. Vgl. INDERKUM, N 298: Dieser Vorbehalt «versteht sich ... von selbst, da die Wiedergutmachung die Verletzung – ähnlich wie die Schadenersatzleistung den Schaden – ausgleicht»; vgl. auch N 325. Vgl. auch WESTERMANN, S. 130: «Der hier wirkende Genugtuungsgedanke beruht somit auf der Vorstellung, dass dort, wo eine Einbusse an Rechtsgütern nicht wiederhergestellt werden kann, sie jedenfalls durch die Zubilligung einer dem Verletzten sonst jedenfalls nicht so zur Verfügung stehenden Annehmlichkeit, die er selber inhaltlich näher bestimmen kann, in etwa kompensiert werden soll. Die Genugtuungsfunktion ist also die auf immaterielle, nicht mehr zu beseitigende Schäden bezogene Ausgleichsfunktion eines Schadenersatzes.»

1297 Die Ranghöhe der Rechtsgüter kann sich (jedenfalls relativ zueinander) aus dem StGB ergeben. Danach wären zumindest «Leib und Leben» (deren Verletzung stets auch eine Persönlichkeitsverletzung ist) das höchstwertige Rechtsgut (diese Straftaten sind nämlich im «Erste[n] Titel» [Art. 111 ff. StGB] erfasst); weitere Rechtsgüter (die alle, wie auch Leib und Leben, zum Persönlichkeitsrecht gehören [INDERKUM, N 16 ff.]), wie Ehre und der «Geheim- oder Privatbereich» («Dritter Titel» [Art. 173 ff. StGB]), aber auch die Freiheit («Vierter Titel» [Art. 180 ff. StGB]) und die sexuelle Integrität («Fünfter Titel» [Art. 187 ff. StGB]), wären hingegen tieferwertig als das Vermögen («Zweiter Titel» [Art. 137 ff. StGB]), um das es ja bei Art. 8 UWG geht.

1298 Zwar können namentlich Haftungsregeln oder Regeln über die Risikozuteilung im Bankverkehr durchaus erhebliche Folgen haben; sie sind bei Art. 8 UWG aber wohl eher die Ausnahme als die Regel. In BGE 122 III 26 war ein «gekreuzter Check» zu beurteilen, wo es um 87'000 Franken ging; in BGE 108 II 314 ging es um eine «Banküberweisung» über 145'000 US-Dollar, also um Beträge, die jedenfalls für Konsumenten (die ja Art. 8 UWG einzig erfasst) kaum mehr «gering» sind. (Zu beiden Entscheidungen vgl. BUCHER, Fälschungsrisiken, passim.)

673 Weiter spielen bei Artikel 49 OR (und schon allgemein bei Artikel 41 OR) Bewertungskriterien eine Rolle, die bei Artikel 8 UWG nicht vorliegen. Wer nicht durch missbräuchliche Geschäftsbedingungen gebunden sein will, kann auf einen Vertragsschluss mit einem bestimmten Anbieter oder über eine bestimmte Ware oder Dienstleistung verzichten: Bei der Interessenabwägung ist also auch das Ausweichprinzip¹²⁹⁹ relevant. Der im Sinne von Artikel 41 OR Geschädigte (und deshalb möglicherweise zu einer Genugtuung Berechtigte) kann der Schädigung aber gerade nicht ausweichen. Man kann deshalb nicht zu seinen Lasten berücksichtigen, dass er dem Interessenkonflikt nicht auswich; anders bei Artikel 8 UWG. Die Wertung, dass in Fällen, in denen das Ausweichprinzip überhaupt keine Rolle spielt (wie eben bei Delikt), eine überkompensatorische Verletzungsrechtsfolge vorgesehen ist, ist also nicht notwendigerweise eine Wertung für Fälle, wo auch das Ausweichprinzip zu berücksichtigten ist (wenn auch nur «abgeschwächt», da es zwar möglich ist, aber dem Konsumenten nicht zugemutet wird, auszuweichen).¹³⁰⁰

674 Artikel 49 OR ist damit – als Abweichung vom grundsätzlichen Artikel 41 OR – jedenfalls nicht Grundlage oder Ausdruck einer allgemeinen Regel über überkompensatorische Rechtsfolgen.¹³⁰¹

2. Herabsetzung von Konventionalstrafen (Artikel 163 Absatz 3 OR)

675 «Übermässig hohe Konventionalstrafen hat der Richter nach seinem Ermessen herabzusetzen.»¹³⁰² «Si le juge reconnaît que la peine est excessive, il doit en principe seulement la réduire pour qu'elle ne le soit plus (...). Autrement dit, il ne doit pas la fixer au montant qu'il estimerait correct.»¹³⁰³ Artikel 163

1299 Zu diesem HUBMANN, Grundsätze, S. 90 ff.

1300 Vorn, N 640, wurde zwar ausgeführt, das Ausweichprinzip sei nicht zu beachten, weil das Ausweichen dem Konsumenten vom Gesetzgeber nicht zugemutet wird (sondern er gewissermassen einen «Anspruch» auf einen nichtmissbräuchlichen Vertrag hat). Das ändert aber nichts daran, dass ihm das Ausweichen immerhin möglich ist (jedenfalls, wo nicht gerade Güter und Dienstleistungen des Grundbedarfes betroffen sind), es also weniger Gewicht haben muss als dort, wo ihm ein Ausweichen nicht nur nicht zugemutet wird, sondern unmöglich ist. Insofern müsste also vielleicht nicht von Nicht-Beachtung, aber immerhin von Weniger-Beachtung des Ausweichprinzips gesprochen werden, je nachdem, wie fest es ihm möglich oder zumutbar ist (oder genauer: vom Gesetzgeber zugemutet wird), auszuweichen.

1301 Nach BYDLINSKI, System, S. 221, werden immaterielle Schäden nur aufgrund besonderer Normen ersetzt. Damit ist ein solcher Ersatz – den man eben als überkompensatorisch betrachten könnte – nicht die Regel, sondern die Ausnahme, die der Gesetzgeber nur bei besonderen Normen vorsieht. So § 253 BGB.

1302 Art. 163 Abs. 3 OR.

1303 BGE 133 III 201 E. 5.2 S. 210 (übersetzt in Die Praxis 2007 Nr. 126: «Erkennt der Richter, dass die Strafe übermässig ist, muss er sie grundsätzlich nur soweit herabsetzen, als sie es nicht mehr ist (...). Anders gesagt hat er sie nicht auf den Betrag festzusetzen,

Absatz 3 OR sieht also – nach Ansicht des Bundesgerichts – als Verletzungsrechtsfolge Geltung des Zulässigen vor.¹³⁰⁴

3. Arbeitsvertragsrecht

a. Artikel 340a Absatz 2 OR

«Der Richter kann ein übermässiges Konkurrenzverbot unter Würdigung aller Umstände nach seinem Ermessen einschränken».¹³⁰⁵ «Übermässige – also gegen die Schranken von Abs. 1 verstossende – Konkurrenzverbote sind weder wichtig noch unwirksam, sondern der Richter setzt sie nach seinem Ermessen auf das zulässige Mass herab».¹³⁰⁶ Auch Artikel 340a OR sieht also die Geltung des Zulässigen vor.¹³⁰⁷

b. Artikel 361 Absatz 2 und 362 Absatz 2 OR

Die Artikel 361 und 362 OR sehen in ihren Absätzen 1 «[z]wingende Vorschriften»¹³⁰⁸ vor. Nach den Absätzen 2 dieser Normen sind «Abreden sowie Bestimmungen von Normalarbeitsverträgen und Gesamtarbeitsverträgen, die von den vorstehend angeführten Vorschriften zuungunsten des Arbeitgebers [oder des Arbeitnehmers] abweichen, ... wichtig». Bei einer Verletzung von Artikel 361 Absatz 1 OR (oder einer der darin aufgeführten Normen) «wird die widersprechende Abmachung im Einzelvertrag oder Bestimmung im kollektiven Vertrag durch die gesetzliche Norm ersetzt».¹³⁰⁹ Artikel 362 Absatz 1 OR (oder eine der darin aufgeführten Normen) verletzende Abreden «sind wichtig und werden durch die gesetzliche Regelung ersetzt».¹³¹⁰

den er als angemessen erachten würde»), bestätigt im Entscheid vom 21. Dezember 2012 im Verfahren 4A_595/2012, Erw. 5.1 Abs. 2. Vgl. dazu ABEGG, S. 213 f.

1304 Zumindest der Wortlaut der Norm – «nach seinem Ermessen» (vgl. Art. 4 ZGB) – würde wohl gerade auch das Gegenteil erlauben. So im Ergebnis PIETRUSZAK, Art. 163 N 10 («Stellt das Gericht die Übermässigkeit der Konventionalstrafe fest, so hat es diese auf das angemessene Mass herabzusetzen»).

1305 Art. 340a Abs. 2 Teilsatz 1 OR.

1306 SCHWAIBOLD, Art. 340a OR N 2; ebenso STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH, Art. 340a OR N 5 Abs. 1 (S. 125f). Auch hier erlaubt zumindest der Wortlaut – «nach seinem Ermessen» – auch das Gegenteil.

1307 Zur Bedeutung von Art. 340a Abs. 2 OR für eine allgemeine Regel vgl. KOLLER, OR AT, N 13.146.

1308 So der Titel des «Vierte[n] Abschnitt[s]» (vor Art. 361 OR). Nach ihrem Ingress sehen diese Normen die «Unabänderlichkeit» vor, nach ihrem Wortlaut wiederum darf von ihnen nicht «abgewichen» werden.

1309 STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH, Art. 361 OR N 6. Ebenso PIETRUSZAK, Art. 361 OR N 4, und PORTMANN/RUDOLPH, Art. 361 OR N 3.

1310 STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH, Art. 362 OR N 7. Ebenso PIETRUSZAK, Art. 362 OR N 3 und PORTMANN/RUDOLPH, Art. 362 OR N 1.

678 Auch hier gilt, was zu Artikel 340a OR ausgeführt wurde. Die Bedeutung ist hier noch grösser, sind doch die Artikel 361 und 362 OR die allgemeinsten Regeln des Arbeitsvertragsrechts über die Verletzung der Schranken der Vertragsfreiheit (und zwar von Schranken zum Schutz des «Schwächeren», also Regeln gerade über «Ungleichgewichtslagen») ¹³¹¹.

c. Gesamtbetrachtung und Ergebnis

679 Arbeitsverträge dürften nicht Artikel 8 UWG unterstehen, da der Arbeitnehmer – «in Bezug» auf den Arbeitsvertrag – wohl kein Konsument ist, selbst wenn sie unter Verwendung «allgemeiner Geschäftsbedingungen», also nicht verhandelter «Arbeitszeitregelungen», «Ferienregelungen» oder dergleichen, geschlossen wurden (wobei gerade ein Konkurrenzverbot eher separat verhandelt werden dürfte). Dennoch handelt es sich beim Arbeitsvertrag um einen Vertrag in «Ungleichgewichtslagen». Aber selbst hier sieht der Gesetzgeber – anders als bei den Artikeln 336a und 337c OR – keine überkompensatorischen Rechtsfolgen vor. Damit ist das Arbeitsvertragsrecht gerade Ausdruck oder Grundlage einer allgemeinen Regel, dass die Verletzung der Schranken der Vertragsfreiheit (auch bei «Ungleichgewichtslagen») kompensatorische Rechtsfolgen nach sich zieht.

4. Mietrecht

680 Nach Artikel 325^{bis} StGB macht sich strafbar, «[w]er den Mieter unter Androhung von Nachteilen, insbesondere der späteren Kündigung des Mietverhältnisses, davon abhält oder abzuhalten versucht, Mietzinse oder sonstige Forderungen des Vermieters anzufechten», «wer dem Mieter kündigt, weil dieser die ihm nach dem Obligationenrecht zustehenden Rechte wahrnimmt oder wahrnehmen will», und «wer Mietzinse oder sonstige Forderungen nach einem gescheiterten Einigungsversuch oder nach einem richterlichen Entscheid in unzulässiger Weise durchsetzt oder durchzusetzen versucht».

681 Der Gesetzgeber bringt damit zum Ausdruck, dass er Strafe – und damit, als einer der Strafzwecke, auch Prävention ¹³¹² – auch für das Vertragsrecht mit dem Strafrecht bewirken will. Allerdings handelt es sich bei diesen Straftatbeständen um solche, die einer Nötigung (Artikel 181 StGB) ähnlich sind ¹³¹³ und weniger um die Verletzung der Schranken der Vertragsfreiheit. Man muss Artikel 325^{bis} StGB also nicht notwendigerweise so verstehen, dass der Gesetzgeber die Durchsetzung der Schranken der Vertragsfreiheit mit

1311 Vgl. vorn N 558 ff.

1312 Vgl. vorn N 551.

1313 MUSKENS, Art. 325^{bis} StGB N 1a.

Strafrecht «absichern» will. Dennoch kann man Artikel 325^{bis} StGB als Regel über den präventiven Schutz der Schranken der Vertragsfreiheit betrachten:

«In der Lehre wird die Frage, welches das von Art. 325^{bis} geschützte Rechtsgut ist, unterschiedlich beantwortet. Nach einer mehrheitlich vertretenen Meinung ist es die Freiheit des Mieters, seine gesetzlichen und vertraglichen Rechte ungehindert und ohne Furcht vor Sanktionen, insb[esondere] der Kündigung, wahrzunehmen ... Das sozialrechtliche Moment, das – wie die Entstehungsgeschichte zeigt – Art. 325^{bis} sein eigentliches Gepräge gibt, spricht für die [herrschende Lehre]. Letztlich geht es nämlich in dieser Bestimmung darum, die Effektivität der (macht-)ausgleichenden Zwecke, die mit den Art. 253 ff. OR verfolgt werden, zu steigern ... Dementsprechend besteht das von dieser Vorschrift geschützte Rechtsgut darin, die Freiheit des Mieters, die ihm zustehenden Rechte durchzusetzen, vor den Folgen des Missbrauchs eines sozialen Machtgefälles zu bewahren (...).»¹³¹⁴ Dient Artikel 325^{bis} StGB also zumindest auch dazu, dass der Mieter – ohne Angst vor «Repressionen» haben zu müssen – seine mietrechtlichen Rechte wahrnimmt, dient er dadurch (mittelbar) eben doch der Durchsetzung der mietrechtlichen Regeln (da der Anreiz des Vermieters, diese einzuhalten, höher ist, wenn die Chance, dass der Mieter seine Rechte geltend macht, höher ist, was sie wiederum dann ist, wenn seine Freiheit, diese geltend zu machen, strafrechtlich geschützt wird). Artikel 325^{bis} StGB spricht also für die Annahme, der Gesetzgeber wolle überkompensatorische Rechtsfolgen grundsätzlich dem Strafrecht vorbehalten.

Allerdings ist Artikel 8 UWG gerade nicht strafbewehrt. Man könnte deshalb annehmen, dass deshalb *privatrechtliche* Mittel, die präventiv wirken, anzunehmen sind.¹³¹⁵ Auch dann bleibt aber die Frage, welche (privatrechtlichen) Mittel das sein sollen. Und dass erweiterte Unwirksamkeit gerade keines sein soll, wurde ausgeführt.¹³¹⁶ Zumindest ebenso gut könnte man aber annehmen, dass der Gesetzgeber überkompensatorische Rechtsfolgen eben dem Strafrecht vorbehalten will.¹³¹⁷ Dass er solche für Artikel 8 UWG nicht vorgesehen hat, ist damit im Sinn eines qualifizierten Schweigens zu verstehen.

1314 MUSKENS, Art. 325^{bis} StGB N 3.

1315 Vgl. PROBST, SHK, Art. 8 N 292, der es sachgerecht findet, dass keine Strafnormen vorgesehen sind, «da der Verwendung missbräuchlicher AGB mit zivilrechtlichen Mitteln zu begegnen ist». Welche Mittel er dazu befürwortet, sagt er damit nicht (und erst recht nicht, welche Mittel er als vom Gesetzgeber «ausgewählt» erachtet).

1316 Vorn N 410 ff.

1317 Wofür es im Übrigen gute – wenn auch natürlich nicht zwingende – Gründe gibt, vgl. nur HEIZMANN, Strafe, N 162 ff. Neben dem Lauterkeitsrecht (Art. 23 UWG) und dem Kartellrecht (Art. 54 KG) hat der Gesetzgeber auch für das Immaterialgüterrecht (für Prävention bezweckende Rechtsfolgen) das Mittel des Strafrechts «gewählt» (vgl. vorn Fn. 1130).

5. Landwirtschaftliche Pacht

684 Nach Artikel 36 Absatz 1 LPG «[unterliegt d]er Pachtzins ... der behördlichen Kontrolle; er darf das zulässige Mass nicht übersteigen.» Nach Artikel 45 Absatz 1 LPG ist «[d]ie Vereinbarung über den Pachtzins ... nichtig, soweit dieser das durch die Behörde festgesetzte Mass übersteigt».

685 Der Bundesrat schlug noch folgenden Artikel 44 Absatz 2 LPG vor: «[Die Bewilligungsbehörde] setzt zu hohe Pachtzinse auf das erlaubte Mass herab.»¹³¹⁸ In der Botschaft führte er dazu aus: «Artikel 44 regelt das Verfahren für die Pachtzinsfestsetzung, und Artikel 45 legt die zivilrechtlichen Sanktionen bei Gesetzesverstoss fest: Der Pachtzins für ein Gewerbe oder der angefochtene Pachtzins für ein Grundstück ist erst geschuldet, wenn er rechtskräftig genehmigt worden ist. Diese Folge ist neu. Im übrigen bleibt der Pachtzins insoweit nichtig, als er das bewilligte Höchstmass übersteigt. Der Grundsatz der Teilnichtigkeit galt schon bisher (BGE 93 II 97).»¹³¹⁹

686 Sowohl das geltende wie das ursprünglich vorgeschlagene Recht sehen also ausdrücklich – und mit Berufung auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung – im Recht der landwirtschaftlichen Pacht die Geltung des Zulässigen vor. Auch hier handelt es sich um ein Recht für «Ungleichgewichtslagen».

6. IPRG

687 «Unterstehen Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderung ausländischem Recht, so können in der Schweiz keine weitergehenden Leistungen zugesprochen werden als nach schweizerischem Recht für eine unzulässige Wettbewerbsbehinderung zuzusprechen wären.»¹³²⁰ «Im Visier von Abs. 2 als einer *lex americana* stehen die *treble damages* des amerikanischen Kartellrechts: Wettbewerbsbehinderungen bewirken eine automatische Verdreifachung des eigentlichen privatrechtlichen Schadenersatzes.»¹³²¹

688 «Unterstehen Ansprüche aus Mängeln oder mangelhafter Beschreibung eines Produktes ausländischem Recht, so können in der Schweiz keine weitergehenden Leistungen zugesprochen werden, als nach schweizerischem Recht für einen solchen Schaden zuzusprechen wären.»¹³²² Art. 135 Abs. 2 IPRG ist «hinsichtlich der nach ausländischem Recht bestehenden Ansprüche anwendbar, denen keine Schadenersatzfunktion zukommt. Zu denken

1318 Art. 44 Abs. 2 ENTWURF LPG.

1319 BOTSCHAFT LPG, S. 295.

1320 Art. 137 Abs. 2 IPRG.

1321 DASSER/BREI, Art. 137 IPRG N 22.

1322 Art. 135 Abs. 2 IPRG.

ist an Ansprüche mit abschreckendem oder pönalem Charakter (sog. «punitive damages»),¹³²³

Vorliegend geht es um die Frage, welche Rechtsfolge – Geltung des Zulässigen oder erweiterte Unwirksamkeit – für das schweizerische Obligationenrecht systemkonform ist. Das IPRG lässt eine (ausländische) Rechtslage aber (natürlich) nicht nur dann gelten, wenn diese für das schweizerische Obligationen- oder Privatrecht systemkonform ist, sondern immer (schon) dann, wenn diese nicht «mit dem schweizerischen *Ordre public* unvereinbar ist.»¹³²⁴ Nach Ansicht des (IPRG-)Gesetzgebers verletzen die von den Artikeln 135 Absatz 2 und 137 Absatz 2 IPRG erfassten Ansprüche – also eben überkompensatorische Ansprüche mit Präventions- oder Strafzwecken («punitive damages») – den (möglicherweise «verschärften»)¹³²⁵ *Ordre public*. Das Kriterium des *Ordre public* – auch eines «verschärften» *Ordre public* – lässt (naturgemäss) mehr zu als das Kriterium der Systemkonformität (ansonsten Schweizer Richter ja nie ausländisches Recht anwenden könnten, da «systemkonform» mit dem schweizerischen Recht immer nur dieses sein kann). Sind Rechtsfolgen, die Prävention oder Strafe bezwecken, und zwar mit Überkompensation (eben «punitive damages»), ein Verstoss gegen den («verschärften») *Ordre public*, sind sie erst recht nicht systemkonform.¹³²⁶

1323 UMBRICH/RODRIGUEZ/KRÜSI, Art. 135 IPRG N 17.

1324 Art. 17 IPRG.

1325 Zum Zusammenhang zwischen *Ordre public* (Art. 17 IPRG) und Art. 135 Abs. 2 IPRG vgl. UMBRICH/RODRIGUEZ/KRÜSI, Art. 135 IPRG N 16; für Art. 137 Abs. 2 IPRG vgl. DASSER/BREI, Art. 137 IPRG N 19 Abs. 3. Ginge es nicht um einen «verschärften», sondern den «gewöhnlichen» *Ordre public* (des Art. 17 IPRG), wären die Sonderbestimmungen wohl überflüssig, was nicht anzunehmen ist.

1326 Vgl. allerdings DASSER/BREI, Art. 137 IPRG N 10 Abs. 3, wonach nur «[d]eliktsrechtliche Gewinnherausgabeansprüche» Art. 137 IPRG unterliegen (und damit der Beschränkung seines Abs. 2), nicht aber «Gewinnherausgabeansprüche aufgrund von Geschäftsführung ohne Auftrag oder ungerechtfertigter Bereicherung». Das relativiert die «Allgemeinheit» des Art. 137 Abs. 2 IPRG wiederum. Andererseits ist der Begriff der unerlaubten Handlung (Titel vor Art. 129 ff. IPRG) des IPRG nicht notwendigerweise so eng zu verstehen wie im internen Recht (vgl. UMBRICH/RODRIGUEZ/KRÜSI, Art. 129 IPRG N 3 ff.). Für die Verletzung von Immaterialgüterrechten – einem der Hauptanwendungsfälle für Gewinnherausgabeansprüche – gilt aber nach Art. 110 Abs. 2 IPRG ohnehin eine Sonderanknüpfung (dazu JEGHER/VASELLA, Art. 110 IPRG N 13). Dabei ist die Verletzung des Lauterkeitsrechts aber kein Fall des Art. 110 IPRG (JEGHER/VASELLA, Art. 110 IPRG N 6), doch sieht Art. 136 IPRG dafür wiederum eine eigene Sonderanknüpfung vor. Diese Sonderanknüpfungen sehen eine Einschränkung wie Art. 137 Abs. 2 IPRG nicht vor. Art. 135 Abs. 2 IPRG, der die Produkthaftung erfasst, hat ebenfalls einen eher eingeschränkten Anwendungsbereich. Man muss daraus also keine allgemeine Regel über die Systemwidrigkeit überkompensatorischer Verletzungsrechtsfolgen ableiten. Denkbar ist aber auch, dass der Gesetzgeber solche Sondervorschriften einfach dort aufstellt, wo er am ehesten ausländische Regeln «befürchtet», die solche von ihm verpönten Rechtsfolgen vorsehen, ohne dass man daraus (*e contrario*) ableiten

III. Ergebnis

690 Das Obligationenrecht enthält einzelne Normen, die als Rechtsfolge der Verletzung der Schranken der Privatautonomie lediglich kompensatorische Rechtsfolgen vorsehen; als Rechtsfolge der Verletzung der Schranken der Vertragsfreiheit also die Geltung des Zulässigen. Diese betreffen teilweise gerade «Ungleichgewichtslagen», also den Interessenkonflikt, der auch bei Artikel 8 UWG besteht. Rein zahlenmässig – soweit hier untersucht – sind es nicht allzu viele. Doch haben diese Normen einen sehr grossen Anwendungsbereich; so Artikel 41 OR, der abgesehen von Sondernormen über Kausal- und Gefährdungshaftungen alle Verletzungen absolut geschützter Rechtsgüter und von Schutznormen zugunsten des Vermögens erfasst; aber auch die Artikel 361 f. OR erfassen für das gesamte Arbeitsvertragsrecht die Verletzung der Schranken der Vertragsfreiheit;¹³²⁷ der Anwendungsbereich der mietrechtlichen Schutzbestimmungen wird immerhin durch die Artikel 253a Absatz 2 und 253b Absatz 2 OR beschränkt.

691 Diese Normen sind damit Ausdruck oder Grundlage einer allgemeinen Regel, dass die Verletzung der Schranken der Privatautonomie (nur) kompensatorische Rechtsfolgen nach sich zieht.¹³²⁸

könnte, dass er diese in anderen Gebieten als weniger «systemfremd» erachtet. Nach MONNIER, § 4 N 73 f., sollen im UWG «punitive damages» aber aufgrund des allgemeinen Vorbehalts des Ordre public (Art. 17 IPRG) ausgeschlossen sein. Vgl. aber zu (namentlich zwischen dem «Anerkennungs-ordre-public» und dem «Anwendungs-ordre-public») differenzierenden Entscheiden verschiedener Gerichte DASSER, Punitive damages, passim.

1327 Immerhin ist denkbar, dass bei besonderen Umständen – im Sinne eines «Sonderarbeitsrechts» – andere Regeln gelten, also die Schutzvorschriften des Arbeitsrechts nicht allen Arbeitnehmern (verstanden in einem formellen Sinn, also durch einen Arbeitsvertrag Gebundenen) zukommen. Ansätze eines «Sonderarbeitsrechts für hohe Löhne» sind in BGE 139 III 155 erkennbar, in dem die Frage zu beantworten war, ob auch bei hohen Löhnen ein Anspruch auf die Zahlung eines Bonus besteht (vgl. dazu Art. 322d OR über Gratifikationen und THIÉBAUD, S. 75 ff.). Ansätze eines «Sonderarbeitsrechts für Organe» sind in BGE 118 III 46 erkennbar, in dem «für die Gewährung des Lohnprivilegs» nach Art. 219 Abs. 4 Erste Klasse lit. a SchKG ein «tatsächliche[s] Unterordnungsverhältnis» vorausgesetzt wurde (vgl. nur das Regest). Da sich aber schon aus dem «allgemeinen Arbeitsrecht» keine allgemeine Regel über kompensatorischer Rechtsfolgen ergab, kann offenbleiben, ob diese Regeln in gewissen Fällen durch ein «Sonderarbeitsrecht» verdrängt werden (die sich dann dem «allgemeinen» Obligationenrecht annähern). Zur Frage eines «Sonderprivatrechts für Konsumenten» oder «für Ungleichgewichtslagen» vgl. vorn Fn. 1058 und vorn Fn. 1143.

1328 Vgl. ROTH, S. 415 (Herv. wegg.): «Wenn ich es richtig sehe, weist das allgemeine Privatrecht einen deutlichen Trend zur geltungserhaltenden Reduktion auf.» Doch auch er sieht geltungserhaltende Reduktion nicht als Geltung des Zulässigen, sondern des Angemessenen (was sich aber für das deutsche Recht wie erwähnt [vorn N 304] schon aus dem Wortlaut von § 306 Abs. 2 BGB [damals § 6 Abs. AGBG] ergibt) (S. 417 rechts). Vgl. zudem hinten N 708 f.

Teil 3:

Zusammenfassung und Ergebnis

§27 Allgemeines

Gesucht wurde eine Antwort auf die Frage, was die «vertragliche Rechtsfolge» – also die Wirkung auf den Vertrag – ist, wenn Parteien einen Vertrag schliessen, der allgemeine Geschäftsbedingungen enthält, die nach Artikel 8 UWG «missbräuchlich» (so die Sachüberschrift zu Artikel 8 UWG) sind. Die Einschränkung auf die vertragliche Rechtsfolge heisst, dass nur untersucht wurde, welche (vertragliche) Rechtsbeziehung zwischen den Parteien des Vertrages besteht; nicht untersucht wurden namentlich die besonderen wettbewerbsrechtlichen Ansprüche nach Artikel 9 UWG und die Frage, wer solche Ansprüche durchsetzen kann (Artikel 10 UWG). Die vertragliche Rechtsfolge hat mehrere Aspekte, wobei in dieser Arbeit zwei davon untersucht wurden.¹³²⁹

§28 Unwirksamkeit ex lege? (zu Teil 1)

Im ersten Teil¹³³⁰ wurde untersucht, ob Verträge, die unter Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen geschlossen wurden, nur anfechtbar sind oder ob sie «ex lege» unwirksam sind. Dafür wurde zuerst der Wortlaut von Artikel 8 UWG untersucht, aus dem sich aber keine klare Antwort ergab.¹³³¹ Danach wurde das systematische Verhältnis der Artikel 8 und 9 UWG untersucht, konkret die Frage, ob die Rechtsbehelfe, die dieser vorsieht, auch für jenen gelten und was ihr Inhalt ist, wobei sich ergab, dass ein Vertrag, der unter Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen geschlossen wurde, eher nur anfechtbar ist und nicht ex lege unwirksam.¹³³² Das gleiche (unklare) Ergebnis zeigte die historische Auslegung.¹³³³

1329 Zum Ganzen vorn N 1-4.

1330 Vorn N 7 ff.

1331 Vorn § 1 (N 7 f.).

1332 Vorn § 2 (N 9 ff.).

1333 Vorn § 3 (N 15 ff.).

694 Daraufhin wurde untersucht, ob aufgrund des Zwecks der Artikel 9 und 10 UWG der «Anwendungsbereich» von Artikel 9 UWG so einzuschränken ist, dass er nicht die Rechtsfolge der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen bestimmt.¹³³⁴ Insbesondere mit Blick auf andere Rechtsnormen, die Ähnliches regeln (Art. 28a ZGB; Art. 5 KG; Art. 20, 21 und 30 OR),¹³³⁵ ergab sich, dass es nicht systemgerecht wäre, wenn Verträge, die unter Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen geschlossen wurden, nur anfechtbar sind. Das Ergebnis der teleologischen Auslegung widersprach damit den Ergebnissen der grammatikalischen, systematischen und historischen Auslegung.

695 Deshalb wurde untersucht, ob dieses Ergebnis aus der teleologischen Auslegung noch innerhalb der Grenzen richterlicher Rechtsfindung ist, ansonsten es von vornherein ohne Bedeutung hätte bleiben müssen.¹³³⁶ Da es aber mit dem Wortlaut des Gesetzes vereinbar ist, handelte es sich um Auslegung und nicht um Lückenfüllung (in der Form der teleologischen Reduktion), weshalb nicht untersucht werden musste, ob eine Lücke vorliegt (namentlich eine Ausnahmelücke in Artikel 9 UWG, da dieser Artikel 8 UWG nicht aus seinem Anwendungsbereich ausnimmt [obwohl er das sollte]). Damit war es ohne Weiteres innerhalb der Grenzen richterlicher Rechtsfindung.

696 Da die Methoden der («zulässigen») Auslegung wie gezeigt unterschiedliche Ergebnisse hervorbrachten, musste weiter untersucht werden, wie diese Ergebnisse zu einem «Gesamtergebnis» führen.¹³³⁷ Das ist die Frage des «Methodenpluralismus». Es ergab sich, dass die einzelnen Auslegungselemente (oder die Ergebnisse aus ihnen) nach ihrer Klarheit gewichtet und dann gegeneinander abgewogen werden müssen.¹³³⁸ Dabei war das teleologische Element relativ klar, während die anderen Elemente relativ unklar waren.¹³³⁹ Es überwog deshalb das teleologische Element, was dazu führte, dass ein Vertrag, der unter Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen geschlossen wurde, nicht nur anfechtbar, sondern «ex lege» unwirksam ist.¹³⁴⁰

1334 Vorn § 4 (N 19 ff.).

1335 Vorn N 33 f., vorn N 35 f. und vorn N 40 ff.

1336 Dazu und zum Folgenden vorn § 5 (N 59 ff.).

1337 Vorn § 6 (N 93 ff.).

1338 Vorn N 106 ff.

1339 Vorn N 130 ff.

1340 Vorn N 163 f.

§ 29 Erweiterte Unwirksamkeit? (zu Teil 2)

Im zweiten Teil¹³⁴¹ wurde untersucht, ob zwischen den Parteien eines Vertrages, der unter Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen geschlossen wurde, das gilt, was sie gerade noch zulässigerweise hätten vereinbaren dürfen (was als «geltungserhaltende Reduktion» der unzulässigen Vereinbarung bezeichnet werden kann), oder ob die Rechtsbeziehung zwischen den Parteien für den «AGB-Verwender» schlechter ist als die, die die Parteien gerade noch zulässigerweise hätten vereinbaren dürfen (was als «erweiterte Unwirksamkeit» bezeichnet werden kann).¹³⁴²

Dazu wurden zuerst Wortlaut, Systematik und Entstehungsgeschichte der gesetzlichen Rechtsfolgeordnung untersucht,¹³⁴³ und zwar des UWG (Artikel 9 und 10 UWG)¹³⁴⁴ und der Artikel 19 f. OR.¹³⁴⁵ Aus beiden ergab sich keine klare Antwort.¹³⁴⁶ Ein Rechtsvergleich mit Deutschland zeigte, dass die dort angenommene Rechtslage für die Schweiz nicht von erheblicher Bedeutung ist, da die gesetzliche Ausgangslage nicht vergleichbar ist.¹³⁴⁷ Weiter wurde untersucht, ob die von Artikel 9 Absatz 3 UWG – teilweise stillschweigend – verwiesenen Rechtsbehelfe,¹³⁴⁸ nämlich die Artikel 41,¹³⁴⁹ 62¹³⁵⁰ und 423 OR¹³⁵¹ eine Antwort geben, was verneint wurde.¹³⁵² Sodann wurde untersucht, ob sich aus Artikel 2 ZGB eine Antwort ergibt, was ebenfalls verneint wurde.¹³⁵³ Insgesamt führte also die Auslegung aller infrage kommender Normen zu keinem klaren Ergebnis in die eine oder andere Richtung.

Weiter wurde untersucht, ob sich aus einer teleologischen Auslegung von Artikel 8 UWG eine Antwort ergibt.¹³⁵⁴ Dabei zeigte sich, dass sich die Mittel, die der Gesetzgeber für die Umsetzung eines allfälligen Präventionszwecks von Artikel 8 UWG (wobei offenbleiben konnte, ob ein solcher überhaupt

1341 Vorn N 165 ff.

1342 Zu den denkbaren Möglichkeiten, was gelten könnte, vorn §§ 7 f. (N 167 ff.).

1343 Vorn Teil 2 Kapitel 2 (N 180 ff.).

1344 Vorn § 9 (N 180 ff.).

1345 Vorn § 10 (N 193 ff.).

1346 Vorn N 192, vorn N 257 und vorn N 283.

1347 Vorn Teil 2 Kapitel 3 (N 293 ff.).

1348 Vorn § 14 (N 305 ff.).

1349 Vorn N 311 ff.

1350 Vorn N 319 ff. und vorn N 327 ff.

1351 Vorn N 323 ff.

1352 Vorn N 342.

1353 Vorn § 15 (N 345 ff.).

1354 Vorn §§ 16 f. (N 398 ff.).

besteht) vorsieht, abschliessend aus den **Artikeln 9 f. UWG** ergeben.¹³⁵⁵ Deshalb sieht das Gesetz eine erweiterte Unwirksamkeit von Verträgen – die man als ein solches Mittel verstehen kann –, die unter Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen geschlossen wurden, gerade nicht vor. Weiter ergab sich, dass die Annahme einer «geltungserhaltenden Reduktion» zwar einen allfälligen Präventionszweck von **Artikel 8 UWG** nicht fördert, ihn aber auch nicht vereitelt, weshalb man auch nicht deshalb zur Annahme einer «erweiterten Unwirksamkeit» gezwungen ist.¹³⁵⁶ Auch eine Berücksichtigung des Rechts der Europäischen Union¹³⁵⁷ führte nicht zu einem anderen Ergebnis, da **Artikel 8 UWG** kein «autonom nachvollzogenes» Recht ist (mit den entsprechenden Auswirkungen auf die Auslegung)¹³⁵⁸ und – wie das deutsche Recht – aufgrund der unterschiedlichen Ausgangslage auch nicht rechtsvergleichend von erheblicher Bedeutung ist.¹³⁵⁹ Zwischenergebnis war also eine «geltungserhaltende Reduktion» als vertragliche Rechtsfolge der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen.¹³⁶⁰

700 Schliesslich wurde untersucht, ob die Annahme einer «geltungserhaltenden Reduktion» bei Verletzung von **Artikel 8 UWG** mit Blick auf das weitere Obligationenrecht systemkonform oder systemwidrig ist. Dazu war zu untersuchen, für welche Antwort auf die gestellte Rechtsfrage die im Gesetz vorgezeichneten Interessenbewertungen und -abwägungen sprechen, was Rechtsfindung durch Analogie ist.¹³⁶¹ Dazu wurden Normen untersucht, die (zumindest ihrem Anschein nach) als Rechtsfolge der Verletzung der Schranken der Vertragsfreiheit oder der Privatautonomie allgemein «überkompensatorische» Rechtsfolgen vorsehen.¹³⁶²

701 **Artikel 15 KKG**¹³⁶³ regelt Schranken der Vertragsfreiheit und die Rechtsfolgen ihrer Verletzung; er sieht dazu überkompensatorische Rechtsfolgen vor. Es gibt aber verschiedene Gründe, diese Norm besonders zu rechtfertigen, sodass sie nicht als Grundlage oder Ausdruck einer allgemeinen Regel zu betrachten ist. Wenn oder soweit man **Artikel 15 KKG** nicht so betrachtet, ist er als systemwidrige Norm mit einem vom Gesetzgeber ausdrücklich «abgesteckten» Anwendungsbereich nicht «analogiefähig», also dennoch nicht Ausdruck

1355 Vorn N 402 ff., insbesondere vorn N 410 ff.

1356 Vorn N 430 ff.

1357 Vorn § 18 (N 442 ff.).

1358 Vorn N 449 ff.

1359 Vorn N 466 ff.

1360 Vorn Teil 2 Kapitel 6 (= § 21) (N 479 ff.).

1361 Vorn Teil 2 Kapitel 7 (N 487 ff.).

1362 Zur Methode vgl. vorn § 22 (N 487 ff.) und vorn § 24 (N 540 ff.).

1363 Vorn N 490 ff.

oder Grundlage einer allgemeinen Regel; man kann also von einem qualifizierten Schweigen sprechen.¹³⁶⁴ Das Gleiche gilt für Artikel 32 KKG,¹³⁶⁵ der allerdings nicht die Rechtsfolgen der Verletzung der Schranken der Vertragsfreiheit regelt.

Weitere Normen, bei denen überkompensatorische Rechtsfolgen vermutet werden können, fanden sich im Arbeitsvertragsrecht.¹³⁶⁶ Auch diese können mit besonderen Gründen erklärt werden. Im Zusammenhang mit den erwähnten einzelnen Normen des Arbeitsvertragsrechts, die überkompensatorische Rechtsfolgen vorsehen, ist aber zu beachten, dass gerade das Arbeitsvertragsrecht allgemeine Normen über *kompensatorische* Verletzungsrchtsfolgen enthält. Insgesamt ist also auch das Arbeitsvertragsrecht – und damit *gerade* ein Recht für «Ungleichgewichtslagen» – Grundlage oder Ausdruck einer allgemeinen Regel, dass die Verletzung der Schranken der Privatautonomie (nur) kompensatorische Rechtsfolgen nach sich zieht. 702

Sodann wurden die allgemeinen Regeln über das Bereicherungsrecht und die Gewinnherausgabe betrachtet,¹³⁶⁷ die aber gerade einen besonderen Interessenkonflikt – die Verletzung zugewiesener Rechtspositionen – regeln. Ihre «Ausprägung» für Immaterialgüterrechte – wo man nicht von «Ungleichgewichtslagen», aber doch von einer besonderen Verletzlichkeit sprechen könnte – brachte ebenfalls kein anderes Ergebnis hervor. 703

Auch aus Artikel 66 OR¹³⁶⁸ liess sich eine allgemeine Regel der Überkompensation nicht ableiten, da er einerseits selber als systemwidrig betrachtet werden kann, aber vor allem eine Regel über die Aufhebung gesetzlich «verursachter» Fehlanreize ist, während die erweiterte Unwirksamkeit als vertragliche Rechtsfolge der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen eine Regel über tatsächliche Anreize wäre (und das Gesetz selber hier keine [zu korrigierenden] Anreize setzt). 704

Verschiedene andere (teilweise nur vorgeschlagene) Normen¹³⁶⁹ zeigten sich ebenfalls nicht als Grundlage oder Ausdruck einer solchen allgemeinen Regel. Denn diese Normen liessen sich weitgehend durch die Besonderheiten der geregelten Probleme und der infrage stehenden Interessen(-konflikte) 705

1364 Vorn N 527 ff.

1365 Vorn N 523 ff.

1366 Art. 336a, 337c und 337d OR (vorn N 558 ff., aber auch vorn N 676 ff.).

1367 Art. 62 und 423 OR; vorn N 576 ff. und vorn N 595 ff.; im Rahmen der Auslegung schon vorn N 319 ff.

1368 Vorn N 610 ff.

1369 Art. 6a OR (vorn N 628 ff.), Art. 4 und 10 PüG (vorn N 656 ff.), Art. 51 ff. VVG (vorn N 658 ff.), Art. 89a und 352a ff. VORENTWURF ZPO 2018 (vorn N 650 ff.) und weitere (vorn N 641 ff., vorn N 644 ff., vorn N 646 ff.).

begründen, weshalb die durch sie ausgedrückte Interessenabwägung für Artikel 8 UWG nicht von erheblicher Bedeutung ist. Wo keine oder nur geringe Besonderheiten vorliegen, musste eher von systemwidrigen Normen ausgegangen werden, die nicht «analogiefähig» sind. Es ergab sich also, dass das Obligationenrecht keine allgemeine Regel kennt, wonach die Rechtsfolgen der Verletzung der Schranken der Privatautonomie (aus Präventions- oder anderen Zwecken) «überkompensatorisch» sind, dass «erweiterte Unwirksamkeit» also nicht systemkonform ist.¹³⁷⁰

706 Mit der Erkenntnis, was *nicht gilt*, wurde aber nicht abschliessend beantwortet, was *gilt*, konkret, ob – eben nicht «erweiterte Unwirksamkeit», sondern – «geltungserhaltende Reduktion» systemkonform ist. Deshalb war zu untersuchen, was für eine allgemeine Regel denn sonst besteht. Auch dies wurde durch Analogie zu klären versucht.¹³⁷¹

707 Es zeigt sich, dass umfassende Normen bestehen, die für die Verletzung der Schranken der Privatautonomie – und zwar auch für «Ungleichgewichtslagen» und selbst dort, wo der Verletzte dem Interessenkonflikt nicht ausweichen kann – *kompensatorische* Rechtsfolgen vorsehen.¹³⁷² Weiter zeigte sich, dass der Gesetzgeber auch zur Durchsetzung privatrechtlicher Regeln das Mittel des Strafrechts verwendet, wo er «überkompensatorische» Rechtsfolgen nötig findet (Art. 325^{bis} StGB), und dass, wo er das im Einzelfall nicht tat, ein qualifiziertes Schweigen über solche Mittel und Rechtsfolgen anzunehmen ist.¹³⁷³ Schliesslich zeigte sich, dass der Gesetzgeber «überkompensatorische» Rechtsfolgen als Verstoß gegen den *Ordre public* betrachtet, weshalb sie (erst recht) nicht als allgemeine Regel des schweizerischen (internen) Rechts angenommen werden können.¹³⁷⁴ Es musste also angenommen werden, dass Normen, die für die Verletzung der Schranken der Vertragsfreiheit «*kompensatorische*» Rechtsfolgen vorsehen, Grundlage oder Ausdruck eines Prinzips sind.¹³⁷⁵ Auch, dass verschiedene Regeln, die eine «überkompensatorische» Rechtsfolge zu Präventionszwecken vorgesehen hätten, eben gerade nicht erlassen wurden,¹³⁷⁶ spricht für die Annahme einer allgemeinen Regel «*kompensatorischer*» Rechtsfolgen und damit einer Geltung des Zulässigen.

1370 Vorn N 662 f.

1371 Zum Ganzen vorn § 26 (N 664 ff.).

1372 Art. 41, 43, 49 OR (vorn N 667 ff.); Art. 163 Abs. 3 OR (vorn N 675); Art. 340a Abs. 2, 361 Abs. 2 und 362 Abs. 2 OR (vorn N 676 ff.); Art. 45 Abs. 1 LPG (vorn N 684 ff.).

1373 Vorn N 680 ff.

1374 Vorn N 687 ff.

1375 Vorn N 690 f.

1376 Vorn N 705.

Eine besondere Regel, dass vertragliche Rechtsfolge der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen eine erweiterte Unwirksamkeit ist, besteht nicht. Eine allgemeine Regel, dass die Rechtsfolge der Verletzung der Schranken der Vertragsfreiheit oder jedenfalls von Schranken einer bestimmten Art eine erweiterte Unwirksamkeit ist, besteht nicht. Eine allgemeine Regel, dass die Verletzung der Schranken der Privatautonomie überkompensatorische Rechtsfolgen nach sich zieht, besteht nicht. Vielmehr besteht eine allgemeine Regel, dass die Verletzung der Schranken der Privatautonomie, und zwar auch durch Verletzung der Schranken der Vertragsfreiheit, und zwar auch bei «Ungleichgewichtslagen», *kompensatorische* Rechtsfolgen nach sich zieht. 708

Vertragliche Rechtsfolge der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen ist deshalb nicht eine erweiterte Unwirksamkeit, sondern die Geltung des Zulässigen. Zwischen Parteien, die einen Vertrag unter Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen abgeschlossen haben, gilt also, was sie gerade noch zulässigerweise hätten vereinbaren dürfen. 709

Über den Autor:

Reto Pfeiffer studierte Rechtswissenschaft an der Universität Zürich. Er war Gerichtsschreiber am Bezirksgericht Meilen und am Obergericht Zürich und ist seit 2021 Bezirksrichter am Bezirksgericht Zürich.

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Zürich hat vorliegende Arbeit am 2. Dezember 2020 auf Antrag von Prof. Dr. Hans-Ueli Vogt und Prof. Dr. Helmut Heiss als Dissertation angenommen und mit dem Prädikat *summa cum laude* versehen.

sui generis ist ein Verein, der sich der Förderung des freien Zugangs zu juristischer Literatur, Gerichtsurteilen, Behördenentscheidungen und Gesetzesmaterialien verschrieben hat. Unter dem Label *sui generis* erscheint seit 2014 eine juristische Open-Access-Fachzeitschrift. 2019 erfolgte die Gründung des *sui generis* Verlags.

sui generis Buchreihe

herausgegeben von Daniel Hürlimann und Marc Thommen

In dieser Reihe werden juristische Dissertationen und Habilitationen sowie Lehrbücher und Fachpublikationen einem breiten Publikum zugänglich gemacht. Die Bücher dieser Reihe erscheinen als gedruckte Werke und online. Die digitale Version ist weltweit kostenlos zugänglich (Open Access). Die Urheberrechte verbleiben bei den AutorInnen; die Werke werden unter einer Creative-Commons-Lizenz veröffentlicht.

Bisher in der *sui generis* Reihe erschienen:

- 001 – **Monika Simmler:** Normstabilisierung und Schuldvorwurf
- 002 – **Marc Thommen:** Introduction to Swiss Law
- 003 – **Silvio Hänsenberger:** Die zivilrechtliche Haftung für autonome Drohnen unter Einbezug von Zulassungs- und Betriebsvorschriften
- 004 – **Mais A.M. Qandeel:** Enforcing Human Rights of Palestinians in the Occupied Territory
- 005 – **Moritz Oehen:** Der Strafkörper im Strafbefehls- und im abgekürzten Verfahren
- 006 – **Jens Lehne:** Crisis at the WTO: Is the Blocking of Appointments to the WTO Appellate Body by the United States Legally Justified?
- 007 – **Lorenz Garland:** Waffengleichheit im Vorverfahren
- 008 – **Christoph Urwyler:** Die Praxis der bedingten Entlassung aus dem Strafvollzug
- 009 – **Dominik Elser:** Die privatisierte Erfüllung staatlicher Aufgaben
- 010 – **David Henseler:** Datenschutz bei drohnengestützter Datenbearbeitung durch Private
- 011 – **Lorenz Raess:** Court Assistance in the Taking of Evidence in International Arbitration
- 012 – **Christoph Hurni/Christian Josi/Lorenz Sieber:** Das Verfahren vor dem Berner Kindes- und Erwachsenenschutzgericht
- 013 – **Emanuel Bittel:** Die Rechnungsstellung im schweizerischen Obligationenrecht

- 014 – Stephan Bernard: Was ist Strafverteidigung?
015 – Frédéric Erard: Le secret médical
016 – Valentin Botteron: Le contrôle des concentrations d'entreprises
017 – Monika Pfyffer von Altshofen: Ablehnungs- und Umsetzungsraten von Organtransplantationen
018 – Kristin Hoffmann: Kooperative Raumplanung: Handlungsformen und Verfahren
019 – APARIUZ XXII: Unter Gleichen
020 – Raphaël Marlétaz: L'harmonisation des lois cantonales d'aide sociale
021 – Roger Plattner: Digitales Verwaltungshandeln
022 – Nicole Roth: Miteigentum an Grundstücken und einfache Gesellschaft
023 – Reto Pfeiffer: Vertragliche Rechtsfolge der «Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen» (Artikel 8 UWG)

Dieses Werk ist erschienen in der Reihe *sui generis*, herausgegeben von Daniel Hürlimann und Marc Thommen.

1. Auflage 15. Oktober 2021

© 2021 Reto Pfeiffer

Abdruck der von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich genehmigten Dissertation.

Dieses Werk wurde unter einer Creative Commons Lizenz als Open Access veröffentlicht, die bei Weiterverwendung nur die Nennung des Urhebers erfordert (CC BY 4.0 – <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0>).



Publiziert mit Unterstützung des Schweizerischen Nationalfonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung.

ISBN: 978-3-907297-23-0

DOI: 10.38107/023

Korrektorat: Christoph Meyer

Gestaltung: Müller+Hess, Basel

Druck: Ebner & Spiegel, Ulm

www.suigeneris-verlag.ch

VERTRAGLICHE FOLGE DER « MISSBRÄUCHLICHEN GESCHÄFTSBE- DINGUNGEN»

Gesucht wird in dieser Dissertation eine Antwort auf die Frage, was die «vertragliche Rechtsfolge» – also die Wirkung auf den Vertrag – ist, wenn Parteien einen Vertrag schliessen, der allgemeine Geschäftsbedingungen enthält, die nach Art. 8 UWG unzulässig – eben «missbräuchlich» (so die Sachüberschrift zu Art. 8 UWG) – sind. Die vertragliche Rechtsfolge hat wiederum mehrere Aspekte, wobei die Arbeit zwei davon behandelt. In einem ersten, kürzeren Teil wird untersucht, ob Verträge, die unter Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen geschlossen wurden, nur anfechtbar sind oder ob sie «von Amtes wegen», «eo ipso», «ex lege» unwirksam sind. In einem zweiten Teil wird untersucht, ob zwischen den Parteien eines solchen Vertrages das gilt, was sie gerade noch zulässigerweise hätten vereinbaren dürfen (also eine «geltungserhaltende Reduktion» der unzulässigen Vereinbarung stattfindet), oder ob die Rechtsbeziehung zwischen den Parteien für den «AGB-Verwender» schlechter ist als die, die die Parteien gerade noch zulässigerweise hätten vereinbaren dürfen.

sui generis

ISBN 978-3-907297-23-0

DOI 10.38107/023